

POR EL DOCTOR LORENZO DE SOTOMAYOR, como marido de doña Maria de Mestança, vezinos de la villa de Almagro.

EN EL PLEYTO

FRANCISCO DE CAZERES RVVIO, y Pedro Fernandez Ruuio, vezinos de la villa de Puertollano, como herederos de Iuan Suarez Rodado, vezino que fue de la dicha villa.

En Granada, En la Imprenta Real, Por Francisco Sanchez, y Baltasar de Bolibar. Año de M.DC.XLIII.



POR
EL DOCTOR
LORENZO DE SOTOMA-
yor, como marido de doña Maria de Meſtan-
ça, vezinos de la villa de Almagro.

EN EL PLEYTO

FRANCISCO DE CAZERES RVVIO,
y Pedro Fernandez Ruuio, vezinos de la villa de Puerto-
llano, como herederos de Iuan Suarez Rodado,
vezino que fue de la dicha villa.

En Granada, En la Imprenta Real, Por Franciſco Sanchez, y Baltaſar de Bolibar. Año de M.DC.XLIII.

ESTE pleyto es sobre diferentes partidas, que doña Maria de Mestança, y el Dotor Lorenço de Sotomayor, como su marido, pretenden les tocan, y pertenecen en los bienes, y hazienda, y derechos, que dexò doña Mariana de Aller, muger que fue de Iuan Suarez Rodado, tia de doña Maria de Mestança, y hermana de doña Maria de Aller su madre: las quales contradizē Frācisco de Cazeres, y Pedro Fernandez Rubio, reos de este pleyto, como herederos que son de Iuan Suarez Rodado: y respeto de que cada partida tiene diferente hecho, se referirán con distincion con el que le correspondiere, diziendo en primero lugar, en quanto a la legitimacion de las personas de el Dotor, y su muger, por averse opuesto de ello.

LEGITIMACION DE LAS *personas de los Actores.*

2 ¶ Doña Mariana de Aller, muger q̄ fue de Iuan Suarez fue hija legitima de Maria de Salazar, y de Iuan de Aller su marido, y muriò en vida de ambos.

3 ¶ Y respeto de que doña Mariana no tuuo hijos, instituyò por su heredera vniuersal a Maria de Salazar su madre, en el testamento q̄ otorgò año de 1626. debaxo de cuya disposiciō murio.

4 ¶ Maria de Salazar, como madre, y heredera de doña Mariana su hija, dio principio a este pleyto, intentandolo contra el dicho Iuan Suarez el año de 1628. y lo prosiguió ante vno de los Alcaldes ordinarios de la villa de Puertollano, que pronunciò sentencia en fauor de el dicho Iuan Suarez, y contra la dicha Maria de Salazar, la qual murio en este tiempo, dexando

por

por su vniuersal heredera en el testamento que otorgò año de 634. a doña Maria de Aller su hija, ausente en Indias, i madre de doña Maria de Mestança, y a la dicha doña Maria de Mestança su nieta, la mejorò en el tercio y quinto de sus bienes.

5 ¶ Con este derecho saliò doña Maria de Mestança, y el Dotor su marido, continuãdo el pleyto que su abuela auia dexado pendiente, y apelando de la sentencia que contra ella auia pronunciado el Alcalde de Puertollano por su interes propio, como mejorada en tercio y quinto por la dicha su abuela, y por el de doña Maria de Aller su madre, que estaua ausente en Indias el dicho Dotor, como su caucionero, de q̃ otorgó escritura en forma, y en esta conformidad se ha ido siguiendo assi en la instancia del Alcal de mayor de Almagro, donde se siguio el pleyto en grado de apelacion de el de Puertollano, como en la de vista en la Chancilleria, hasta auerse concluydo.

6 ¶ Que en este estado presentó poder de doña Maria de Aller su madre, y de los demas sus hijos, para que pueda cobrar y cobre de qualesquiera personas todas las cãtidades, y bienes que en qualquier manera le pertenezcã, assi por testamentos, codicilos, como por otras qualesquier escrituras, y parecer en juyzio, y hazer todas las diligencias que conuengan.

7 ¶ Con que no se podrà dudar de la legitimacion de la persona de doña Mariana de Mestança, y su marido, assi porque para litigar basta qualquiera interes, *l. si suspecta* 29. in princ. vbi glossa, verbo, *Adesse, ff. de inofficioso testamento, l. eos, §. 1. C de appellat.* Authent. *de litigiosis, §. & hoc autem præsenti, collat.* 8. y doña Maria de Mestança está mejorada en tercio y quinto, que despues de la l. 21. de Toro esta quota de bienes es equiparada à la vniuersal de la herencia, Cifuentes, ibidem *num.* 2. Palacios Ruuios, *num.*

Tello

Tello Fernandez, *num.3.* Rodericus Suarez, *in l. quoniam in prioribus, ampliatione 7.num.8.* D.Couar. *lib.2.var.cap.2.nu. 2.* con que las acciones actiuas y passiuas passaron en ella, *l.1. in princip. iuncta l. mulier, §.fin.ff.ad Trebellian. l.fin.C. eodem,* Paulus de Castro, *in l.si quis seruum, §.fin.ff.de legat. 2.* y las ha podido intentar legitimamente.

8 ¶ Demas de que el Doctor Sotomayor, como caucionero de doña Maria de Aller su suegra, era parte legitima para litigar, *ex l.10. tit.5.part.3.* Felino, *in cap.coram, de officio deleg.nu.3.* Bernardus Diaz, *in regula 129. & 139.* Parlador. *lib 2.rerum quotidianarum, cap.fin.3.par.§.2.à num.6. & §.3.à num.4.* Andræas Gail, *lib.1.obseruat. cap. 13.* per totum.

9 ¶ Y vltimamente, porque ha presentado el poder que se ha referido de doña Maria su suegra, que quando no tuuiera la especialidad que tiene, y huuiera sido general solamente, bastaua para litigar, *cap.dilectus filius 11. de procuratoribus,* vbi glos. & communiter ordinarij Rota, *decis.27.num.2.& decis.31.per totam, de procurat. in nouis,* Riccius, *collect.313.in fin.par.2.*

PRIMERA PARTIDA.

10 ¶ Esta partida es de algunas cantidades de marauedis, y otros bienes, q̃ esta parte pretendio auer dexado de poner en el inuentario Iuan Suarez Rodado, y reconocemos que en quanto a ella no tiene prouāça, y asi se passa a la segunda.

SEGVNDA PARTIDA.

De los mil ducados que doña Mariana de Aller mandò a Iuan Suarez su marido.

11 ¶ Esta partida es la principal de este pleyto, y sobre que ha caydo casi todo el, cu-

yo hecho passó en esta forma.

12 ¶ Doña Mariana de Aller en su testamento, que otorgò en 27. de Febrero del año de 1626. con licencia que tuuo de su madre para testar, mādó a Iuan Suarez Rodado su marido mil ducados de sus bienes, cō que despues de sus dias los restituyesse a sus herederos.

13 ¶ Despues por vn codicilo que hizo en 12. de Março de el dicho año, mandó, que estos mil ducados fuessen en propiedad, y dispusiesse de ellos su marido como le pareciesse, y este codicilo lo aprouò Maria đ Salazar su madre.

14 ¶ Auiendo muerto doña Mariana de Aller, el Iuan Suarez, que se hallaua Alcalde ordinario de la villa de Puertollano, y tenia por Alcalde compañero en el mismo oficio a Bartolome de Cazeres, primero marido q̄ fue de doña Maria de Mestança, parecio en el Consejo de las Ordenes en 31. de Mayo de el dicho año de 627. y pidio, que por escusar los pleytos y diferēcias que podia auer entre el y Bartolome de Cazeres Alcalde su compañero, sobre la particion de los bienes de doña Mariana de Aller su muger, se cometiesse el hazerla a Iuez particular, y el Consejo lo cometio a el Alcalde mayor de Almagro, que fue a hazer la particion: y auiendose nombrado por las partes apreciadores de los bienes, sin passar adelante en ella, se concertaron, y hizieron escritura de transaccion, en razon de las pretensiones que tenian, en cuya conformidad se hizieron las cuentas, en las quales se sacaron precipuos para el dicho Iuan Suarez los mil ducados en propiedad, en conformidad de el codicilo de doña Mariana de Aller, y las partes las aprouaron, y el Iuez las confirmó.

15 ¶ Y la pretension de doña Maria de Mestança es, que estos mil ducados doña Mariana no los mandó a su marido mas que en vsufruto, y por su vida, y que el auerselos mandado despues en propiedad en el codicilo, fue simula-

dament[e],

damente, a ruego e instancia de el dicho su marido, auiendo prometido primero que no vsaria de el, y que los restituyria despues de su muerte a sus herederos, y que por el dezir de el lugar, y que no se entendiesse que la dicha doña Mariana le queria y estimaua tan poco, que no le dexaua en propiedad aquella manda, hiziesse el codicilo, en que sonasse se los mandaua en propiedad.

16 ¶ Y Iuan Suarez y sus herederos hã pretendido, que en el codicilo y manda de propiedad que en el se hizo, no interuino simulaciõ, pacto, promessa, ni confiança alguna, y que fue llano como suena, y que quando la huuiera auido, quedó extinto, y remitido este derecho en la transaccion que se otorgò entre Iuan Suarez, y Maria de Salazar.

17 ¶ Y la prouança q̃ estas partes tienen de el pacto y confiança que interuino, es la siguiente.

18 ¶ Gabriel de Escalona, y Catalina Lopez su muger, dizen de afirmatiua de vista, q̃ auiẽdo la dicha doña Mariana de Aller hecho su testamento, en que mandaua a Iuan Suarez su marido los mil ducados en vsufruto, le instó y rogò, que por el dezir de las gentes, y que no pareciesse q̃ le auia tenido poco amor hiziesse codicilo, y se los mandasse en propiedad, que se obligaua de restituyrlos en fin de sus dias a sus herederos, y que de ello haria escritura, o cedula para seguridad de los herederos de la dicha doña Mariana, y que debaxo de este trato se hizo y otorgò el dicho codicilo.

19 ¶ El mismo Gabriel de Escalona, Iuan Francisco de Ouiedo escriuano publico de Almagro, y Bartolome Serrano, deponen contestes de vn tiempo, que tratandose este pleyto ante el Alcalde de Puertollano, hablando de el con Iuan Suarez Rodado, el susodicho dixo en su presencia, que para que el Doctor Soto se in-

quie-

quietaua, que era verdad, que en la transaccion no auia entrado la pretẽsion de los mil ducados, y que los deuia, y auia de restituyr en fin de sus dias, pero que importaua a su reputacion el no hazer escritura, ni confessarlo, que alma tenia, y no herederos, que si Dios le dexaua morir con su habla lo restituyria, y que mas que lo que importauan los dichos mil ducados tenia intencion de dexar a la dicha doña Maria de Mestança.

20 ¶ Pedro Rodriguez escriuano publico de Puertollano, Pedro Fernandez Criado, y Maria Lopez, refieren contestes de otra ocasion y tiempo, que estando en casa de Gabriel de Escalona, en su presencia dixo Catalina Lopez a el dicho Iuan Suarez, que pues que estaua tan malo, que dispusiesse las cosas de su alma, y declarasse los mil ducados que auia de restituyr a la dicha doña Maria de Mestança, por la confiança de el dicho codicilo. A lo qual el dicho Iuan Suarez dixo, que bien sabia que era verdad, y que Christiano era, y que no solo auia de pagar los dichos mil ducados, si no que dexaria parte de su hazienda a la dicha doña Maria de Mestança.

21 ¶ El Licenciado Alonso Ximenez Presbitero, dize, que auiendo hecho testamento la dicha doña Mariana de Aller, y en el mandado a Iuan Suarez los mil ducados en vsufruto, en presencia de el testigo lo rompio la susodicha, y despues a instancia de el testigo lo boluio a hazer, y reualidó la dicha manda, aunque no queria, y despues supo que auia hecho codicilo, mãdando los mil ducados llanamente a el dicho su marido, y lo estrañó el testigo: y auiendo preguntado la causa, le dixeron doña Maria de Mestança, Gabriel de Escalona, y su muger, que auia sido en confiança, y que se auia hecho assi por el bien parecer: pero q̃ el dicho Iuan Suarez auia quedado de hazer escritura de restituyrlos.

en

en fin de sus dias.

22 ¶ Maria Martinez afirma, que auiendo pedido a Iuan Suarez que diesse alguna cosa para casar vna sobrina suya, dixo que no podia, porque la hazienda que tenia no era toda suya, porque en fin de sus dias auia de restituyr mil ducados a doña Maria de Mestança.

23 ¶ Fray Iuan Canillejas, de la Orden de san Francisco, dize, que fue tercero para componer este pleyto, y que auiendo dicho a el dicho Iuã Suarez que mirase lo que hazia, quel Dotor Soto auia de prouar como el codicilo auia sido en cõfiãça: respondio, que no podia ser, porque no lo sabian mas que el y doña Maria de Mestança, y que en otra ocasion le dixo el dicho Iuan Suarez que no se queria yr al infierno, que a su tiempo haria lo q̃ tenia obligacion, y que apretando en otra ocasion a que hiziesse escritura, dixo, que aunque era cierto no la queria hazer, porque tenia parecer de teologos de que se podia quedar con los mil ducados por otras cosas que a el le deuian.

24 Iuan Castellano dize, que dos Religiosos de la Orden de san Francisco tratarõ de mediar este pleyto, y hablaron sobre ello a el dicho Iuan Suarez, sobre si auia de boluer en fin de sus dias los dichos mil ducados, en que huuo muchas razones, y al fin dixo, que sabia que si vno deuia a otro vna cosa, y no la podia cobrar, que podia tomarla de sus bienes.

25 ¶ Y de la prouança contraria se pondera en nuestro fauor la deposicion de Iuan Castellanos, que dize no acordarse que en la transacion se comprehendiesse la pretension de los mil ducados, antes en el discurso de ella oyò dezir a doña Maria de Mestança, hablando con el dicho Iuã Suarez, que le hiziesse escritura, o recaudo para restituyrle los dichos mil ducados en fin de sus dias, y el dicho Iuan Suarez dando a entender que se queria valer del dicho codicilo, le dixo algunas vezes que de la dicha manda podia gozar en virtud de el:

y replicando la dicha doña Maria, que no auia sido la manda mas que por sus dias, el dicho Iuan Suarez dezia que lo dexasse a su conciencia.

26 ¶ Iuan Ximio de Caceres afirma, q̃ no quedó comprehendida en la transació la pretensiõ de los mil ducados, y quando se trataua della dixo el dicho Iuan Suarez: alma tengo, y procuraré descargar mi conciencia.

27 ¶ Supuesta esta prouança, duplex incidit quæstio disputanda. La primera, si valió el pacto, y cõuencion hecha entre Iuan Suarez Rodado, y doña Mariana de Aller su muger. La segũda, si está prouado bastantemente, de manera que dispositione iuris, aya de estar obligado a su obseruancia.

28 ¶ De la primera no parece se puede dudar, porque le assiste la regla, de que omnia pacta sunt permissa, nisi à lege reperiantur prohibita, *l. iuris gentium. 7. §. pacta, ff. de pact. l. si emptione, §. omnium, ff. de cõtrah. emption.* Fussar. *de substit. quæst.* 310. *num.* 3. Y aqui no se dá prohibicion alguna de derecho, porque aunque regularmente pacta futuræ hæreditatis personæ viuentis non valeant, *l. fin. C. de pactis, l.* 13. *tit.* 5. *part.* 1. no se ajusta esta conclusion al caso del pleyto, y se limita.

29 ¶ Lo vno, quando el pacto no mira a toda la herencia, si no alguna parte, o cosa particular de ella, vt defendunt Gozadinus, *cons.* 87. *numer.* 17. Beccius, *cons.* 18. *numer.* 14. *volum.* 1. Azeued. *in l.* 6. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recopilation. numer.* 26. *in fin.* D. D. Ioan. del Castillo, *lib.* 3. *controuers. cap.* 9. *num.* 10. vers. *Deinde*, in fin. Y es vna de las razones con que justifican la disposicion de la *l.* 22. *de Toro*, idem tradunt Puteus, *decis.* 113. *lib.* 2. Riccius, *collect.* 1043. *in fin. part.* 4. Menoch. *cons.* 1. *num.* 150. & 164. Y aqui el pacto no cayó sobre toda la herencia de doña Mariana de Aller, si no sobre mil ducados della.

30 ¶ Lo segundo se limita quãdo interuiene consentimiento de aquel de cuya herencia se

trata,

trata, porque entonces se puede hazer sobre ella qualquiera renunciacion, o concierto, y esta es limitacion de los mismos textos, *in dict. l. fin. C. de pactis*, ibi: *Nisi ipse forté, de cuius hæreditate pactum est, voluntatem suam eis accommodauerit*, & *in l. 13. tit. 5. part. 5.* quia consensus tollit periculum captandæ mortis, que era la causa de la prohibicion, comprobant Baldus *id dict. l. fin. num. 1.* & ibi Iason, *num. 1.* Alciatus, *num. 40.* Bolognetus, *num. 26. & 45.* Purpuratus, *num. 66.* Seraphin. *de priuileg. iuramenti, priuilegio 10. num. 31.* Thomas Sanchez, *in summa, tom. 2. lib. 7. cap. 2. nu. 1. & 14.* & alijs pluribus relatis D. Castillo, *dict. lib. 3. controuers. cap. 9. num. 6.* Y este pacto se hizo de consentimiento y voluntad expressa de doña Mariana de Aller, de cuya herencia se trataua.

31 ¶ Lo tercero, porque quando el concierto se haze super alterius pasciscentium bonis es valido, y no procede la prohibicion de la regla, porque esta tiene lugar quando la herencia es de otro tercero: vt tradunt Bolognetus, *in dict. l. fin. num. 34. 67. & 68.* Alciatus, *num. 33.* Purpuratus, *num. 98.* Cagnolus, *num. 96. & 97.* in antiqua editione, & in noua, *num. 60. & 61.* Corneus, *consf. 84. num. 4. volum. 3.* Menchaca, *de successionum creatione, lib. 2. §. 18. num. 227.* Seraphinus, *dict. priuilegio 20. num. 9.* Thomas Sanchez, *dict. cap. 2. num. 3.* Y esta limitacion es tambien ajustada al caso de este pleyto, porque el pacto cayó sobre bienes de doña Mariana de Aller, con quien se hizo, y assentó.

32 ¶ Lo quarto se prueua el mismo intento, ex *l. in fideicommissi 3. §. cum Pollidius, ff. de vsuris*, vbi qui pacto se adstrinxit testatori, de restituenda hæreditate valide obligatur, & *in l. Seyus saturninus, ff. ad Trebelian.* melior textus *in l. quidam cum filium 46. ff. de hæredibus instituend.* Donde en la especie propuesta respondio Africano, que si se prouasse que el instituydo por heredero en el testamento llanamente, prometio al testador restituyr la herencia a otro, podia y deuia ser compelido al cumpli-

cumplimiento de la promessa, y que si esta la hizo al mismo a quien se auia de restituyr, le competia la accion mandati para compelerle a el cumplimiẽto de ella, y este es entendimiento literal de el texto, y le tienen la glossa en el, verbo, *ab eo*, & verbo, *interpossuisse*, y Bartulo en el principio, *& in l. nemo potest, in principio, ff. de legat. 1. & in l. filius, in princip. ff. de verbor. obligat.* Baldus, *in dict. l. quidam cum filium, num. 1. & 2.* Paul. Castrens. *consi. 395. in causa quae vertitur, num. 1.* Cœpola, *cautela 129. num. 1.* Quesada, *diuersarum quaestionum iuris, cap. 5. num. 11.* y Farinac. *decis. 765. nu. 6. part. 4. in recentior.* dixo, quod hi soli tres textus in toto corpore iuris reperiuntur loquentes de hac materia confidentiæ licitæ.

33 ¶ Nec interest si se opusiere que Maria de Salaçar, madre de doña Mariana de Aller, y su heredera, en cuyo fauor se hizo el pacto, no estaua presente à el tiempo que Iuan Suarez le hizo, y prometio: porque quidquid fuerit de iure communi, de iure Regio, por la *l. 2. tit. 16. lib. 5. Recopilat.* vale el pacto, aunque se haga en fauor de ausente, y con qualquiera tercero particular, aunque no aya estipulacion, ni otra solenidad, y basta qualquiera promessa: vt expresse cauetur *in dict. l. 2.* & tradũt Dom. Gregor. *in l. 7. tit. 11. part. 5.* verbo, *tercera persona*, Didacus Perez, *in l. 3. tit. 8. lib. 3. ordinament. col. 1058. in princip.* Anton. Gomez, *lib. 2. variar. capit. 11. num. 20.* Dom. Couarr. *lib. 1. variar. cap. 14. num. 13.* Matienço, *in dict. l. 2. tit. 16. gloss. 5. num. 6.* don Fernando de Mendoça, *de pactis, lib. 3. capit. 9. quaest. 5. num. 34.* Y en el *num. 35.* afirma, que siendo la promessa fauorable y vtil para el ausente, se presume que la aceta, y aqui ay acetacion expressa de Maria de Salaçar con auer pedido los mil ducados a Iuan Suarez su yerno.

34 ¶ Præterea, el pacto y promessa lo hizo Iuan Suarez en fauor de los herederos de doña Mariana de Aller su muger, y esto aun segun derecho comun era permitido, poterat enim testator quærere suo hæredi per pactum, *l. si pactum 9. ff. de*

probat. l. si necessarias, §. penultim. ff. de pignorat. actione, vbi ordinarij notant communiter.

35 ¶ El segundo punto, o question es si està prouado bastantemente este punto de manera que obligue a su obseruancia, y que lo estè se justifica, porque qualquiera pacto es vn cõtracto verdadero, glos. in *l. 1.* verbo, *figuris, in fin. ff. de actio n. & oblig.* ibi: *De actionibus quæ oriuntur ex pactis incõtinenti appositis dicunt quidam quod sunt ex varijs figuris causarum, sed potest dici ex contractu cum sint obligatoria talia pacta, vel conuentiones, nam & in id ipsum pactum est contractus*; la qual para este intẽto de que el pacto es contracto, es reputada por singular, y assi lo dizen, y confirman la misma sentẽcia, Bald. *in cap. quinta vallis, num.* *de iure iurand.* Paul. de Castro, *in l. legem, num* *C. de pactis, & in cons. 44. num.* exornat latè Mendoza, *de pactis, lib. 3. cap. 8. num. 9. & 10.* probaturque in *l. 1. cum suis §§. ff. de pactis*, & quod hæc confidentia, seu fiducia inter testatorem, & hæredem sit contractus bonę fidei, ex Cicerone, & alijs, comprobat Tiraquel. *de retract. conuent. in præfat. n. 40.*

36 ¶ Y como el conrracto se puede hazer en el testamento, aut in ipso actu testandi, ex glos. in *l. hæredes palam, §. fin.* verbo, *alienum, ff. de testamentis*, communiter ab omnibus recepta, vt per Tiraq. *post ll. connubiales, glos. 5. num. 111.* Mascar. *de probation conclus. 643. num. 6.* Dom. Couarr. *in Rubric. de testament. 3. part. num. 17.* Boer. *decis. 353. num. 4.* Iulius Clarus, *lib. 3. receptarum sententiarum, §. testamentum, quæst. 75.* Matienç. *in l. 2. tit. 3. lib. 5. Recop. glos. 1. num. 3.* Gutierrez, *in repetit. l. nemo potest, num. 254. ff. de leg. 1.* Tellus Fernandez, *in l. 3. Taur. 2. part. num. 12.* vbi inquit procedere sine contraditione.

37 ¶ Retiene en el su naturaleza, y propiedades de contracto, & de ipso tanquam de contractu simpliciter debet iudicari, Bart. in *l. cũ quis decedens, §. codicillis, num.* *ff. de leg. 3.* Bald. *in l. si ania, in princip. C. de iur. deliber.* Oldrald. *cons. 113. factum tale est*, Philip. Decius, *cons. 195. in casu proposito*

posito, num. 3. Lapus, *allegat.* 91. Tiraquel. *de vtroque retractu, lib.* 1. §. 32. *glos. vnica, num.* 34. Tell. Fernandez, vbi proximè, Peralta, *in l. Lucius, la* 1. *nu.* 12. *ff. de leg.* 2. Mantic. *de coniect. vlt. vol. lib.* 8. *tit.* 1. *à n.* 35. Flor. de Mena, *var. lib.* 3. *q.* 22. *n.* 34.

38 ¶ Y de la manera que los pactos, o contractos se prueuan con la prouança regular de dos testigos, asi tambien se prueua el hecho en testamento, aut in ipso actu testādi, sin que necessite de mayor solemnidad, vt in specie tradunt Philipp. Decius, *cons.* 195. *in casu proposito, num.* 3. *in fin. tom.* 1. ibi: *Et talis contractus factus in testamento retinet naturam contractus, & de ipso tanquam de contractu simpliciter debet iudicari, ideò non potest reuocari, & potest duobus testibus probari*, & idem repetit *nu.* 5. Guillermo Benedicto, *in cap. Rainuntius*, verbo, *testamentum el* 1. *num.* 93. *de testamentis*, illic: *Nā hoc casu etiam si hæres totum negaret sufficerent duo testes ad probandum illa legata, quia cum non agatur nisi de probando contractum duo testes sufficiunt, l. vbi, ff. de testibus, cap. in omni, eodem titulo*, Tell. Fernandez, *in l.* 3. *Tauri,* 2. *part. num.* 12. Burgos de Paz, *in l.* 3. *Tauri, num.* 810 cum quo transit illius resolutionē approbans Aluarado, *de coniectur ata mente defuncti, lib.* 1. *cap.* 3. *num.* 4. Gamma, *decis.* 53. *num.* 10 y lo sintieron asi Flores de Mena, *lib.* 3. *variar. q.* 22. *num.* 34. & 36. Pater Thomas Sanchez, *in summa, tom.* 2. *lib.* 7. *cap.* 2. *nu.* 23. Dom. Castillo, *controuers. iur. tom.* 4. *cap.* 20. *n.* 13.

39 ¶ Y en los mismos terminos deste pleyto del pacto, o confiāça q̄ interuino entre el testador, y el heredero, o persona a quien hizo la manda, de que la auia de restituyr a otro, que basten dos testigos para prouarlo, tradunt in specie Iason, in *l.* 2. *num.* 11. *C. de bonor. posses. secundum tabulas*, ibi: *Nota tamen duos casus singulares, in quibus duo testes sufficiūt ad plenè probandum testamentum etiam si esset quæstio, nō solum de solemnitate testamenti, sed etiam de voluntate testatoris. Primus est, quando testator fecit testamentū, in quo instituit filium hæredem, & in illo testamento fecit legata alicui, deinde ipsemet testator stipulatus est*

alia

alia legata ob hærede pro legatario, & sic in testamento admiscuit contractum, prout fieri potest secundum glos. & Bart. in l. hæredes palam, §. fin. ff. de testam. cum concordantibus isto casu, etiam si hæres totum negaret sufficerent duo testes ad probandum illa legata, quia agunt de probando stipulationem, & sic contractum vbi duo testes sufficiunt, Ioannes de Immola, *in l. nemo potest* 58. *num.* 4. *ff. de legat.* 1. illic: *Et adde dictis Bartoli, circa istam prima partem: primoque pondera diligenter vnũ intellectum quem dat hic ad legem fin. C. de fideicommissis, videlicet, quod quando testator facit sibi promitti per hæredem, quod legatario dabit centum, quod videatur trãsire in vim contractus, & sic sufficeret apparere de tali promissione per duos testes*, Alex. in dict. *l. nemo, n.* 9. que refirio la opinion de Bartulo, y Inmola, con la misma recomendacion, y palabras, y estas puso tambien Rippa ibidem, *num.* 32. Guillermus Benedictus, in dict. *cap. Reinutius*, verbo, *testamentum el* 1. *num.* 91. *de testam.* ibi: *Et à suo hærede stipulatus fuit legata soluere legatarijs, & sic in testamento admiscuit cõtractum stipulationis, quod fieri potest secundum glos. & Bart. in l. hæredes palam, §. fin. ff. eodem, nam hoc casu etiam si hæres totum negaret, sufficerẽt duo testes ad probandum illa legata, quia cum non agatur nisi de probando contractum duo testes sufficiunt*, Cœpola, *cautela* 177. Afflict. *decis.* 166. *num.* 11. que en los mismos terminos dize: *Primus quando testator fecit testamentum, in quo instituit filium hæredem, & in illo testamento fecit legatum alicui, & stipulatus est ab hærede pro legatario, & sic immiscuit contractum testamento, quo casu si hæres negat testamentum, potest per duos testes probari illud legatum, quod transiuit in contractum cum hærede*, Burgos de Paz, *in l.* 3. *Tauri, num.* 812. eumque referens, & approbans Aluarad. *dict. lib.* 1. *cap.* 3. *nu.* 4. Petrus Magdalenus, *de testibus*, 1. *part. cap.* 27. *nu.* 23. Dom. Castillo, *controuers. iur. tom.* 4. *cap.* 20. *nu.* 13. vbi remissiuè hanc sententiam comprobat.

40 ¶ Eleganter Rota apud Farin. *decis.* 765. *part.* 4. *recentiorum*, que habla en otra confiãça semejante, y dize en el num. 6. *Tota difficultas*

reducebatur ad illud, an esset probatã confidentia hæc restituendi totam, & integram hæreditatem Iulio, quia Petrus prætendebat requiri probationem per septem testes, prout requiritur in testamento, cùm ageretur de totius hæreditatis restitutione. Y prosigue en el num. 7. *Sed domini non putabant præmissa in hoc casu procedere, quia hic non agitur de probanda substantia testamenti, sed tantummodo declarationem voluntatis testatoris, circa institutionẽ hæredis, & de declaratione huius confidentiæ, quo casu dicebant sufficere testes singulares, vt expressè tenet Castrens. cons. 395. num. 1.* Y en el *num.* 8. resuelue el caso, ibi: *Et ideo Doctores concludebant sufficere ad huiusmodi declarationem testes singulares, vel saltem ad summum duo testes contestes, vt per Alban. cons 528. & 529 nu. 2.* Y sin embargo que no huuo mas que dos testigos de la confiança, como se refiere en el nu. 10. en el fin, y vno dellos muger, como aqui lo fue, illic: *Adsunt etiam in contestes facientes probationem tanto meliorem, nempè famula, & Simon procurator Alexij,* se determinò el caso en nuestro fauor, como consta de las vltimas palabras de la decision, ibi: *Ex quibus conclusum fuit constare de confidentia ad fauorem Iulij.* Y aunque huuo otras circunstancias y presunciones de la confidencia en la decision, no son menores las que huuo en este pleyto, vt statim videbitur.

41 ¶ Quinimo bastaran testigos singulares para prouar la voluntad de la testadora en este caso, y la confiança que hizo de su marido, de que despues de su muerte bolueria los mil ducados de el legado a sus herederos, tradunt expressè Paul. Castrensis, *d. cons. 395. in causa quæ vertitur, nu. 1.* versicul. *Isti quidem testes,* donde vn testador instituyò por heredero a vno, y vn hermano de el heredero pretendio, que aunque la institucion auia sido absoluta, la mitad de la herencia se la auia dexado en confiança, ordenando que la restituyesse a el hermano que la pedia, y aunque esto no constaua del testamento, porque la institucion auia sido pura, y la confiança solamente la pudo prouar con testi-

gos

gos singulares; resuelue y funda Paulo de Castro que se deuerá restituyr la mitad de la herencia al hermano; quam sententiam sequuntur Aymon Craueta, *cons. 71. num. 43. & 73. numer. 33. & cons.* 714. *num* 16. Simon de Prætis, *cons. 67. num.* 12. Alua. *cons.* 528. *& 529. num.* 2. Socinus iunior, *cons.* 178. *à num.* 6. *volum.* 2. Petr. Surd. *cons.* 94. *nu.* 46. *tom.* 1. ibi: *Et vbi agitur de probando voluntatem alicuius, vt quia testator eo animo fratrem instituerit sibi hæredem, vt alii communicaret hæreditatem talis animus, & voluntas probatur per testes singulares*, Mantica, *de coniectur. vltim. volunt. lib.* 12. *tit.* 16. *num.* 20. his verbis: *Item notandum est, quod testes singulares admittuntur ad probandum coniecturam voluntatis testatoris, veluti quod fratrem hæredem scripserit eo animo, vt alteri fratri communicaret hæreditatem, nam valet etiam testimonium testium singularium, qui deponunt, quod ita audiuerint fuisse dictum ab ipso testatore, vel ab hærede.* Y del mismo sentir fue la Rota apud Farinat. *dict. decis.* 765 *num.* 7. *&* 8. cuyas palabras quedan referidas en el numero antecedente, Seraphin. *decis.* 1302. *num.* 1. *tom.* 2.

42 ¶ Neque obstat, que para prouar voluntad contraria a la disposicion hecha por el testador en su testamento, regularmente se requiere la misma solenidad que es necessaria para la dicha disposicion, vt in *l. hæredes palam* 21. *§. si quid post, ff. de testamentis, l. cum proponebatur* 66. vbi glos. *penultima, & fin. ff. de leg.* 2. *l. fin. C. de fideicommiss.* vbi communiter notatur.

43 ¶ Porque esto procede quando en fuerça de nueua disposicion se pretende prouar lo contrario de lo que se halla dispuesto en el testamento que entonces parece preciso que se aya hecho con la misma solenidad de testigos, para que pueda valer; pero quando lo que se trata de prouar no es nueua disposicion contraria, o omitida, sino antes vn pacto y concierto que precedio entre doña Mariana de Aller, testadora, y Iuan Suarez su marido, y legatario, de que no vsaria

de la propiedad del legado que pretendia le mandasse, lo qual estuuo tan lejos de auer de llegar a ser disposició, ni dexarse en ella; que antes el trato fue que no auia de sonar, ni saberse, si no que se auia de entéder que le dexaua el legado en propiedad por el dezir del lugar, es caso distinto, porque ora se considere como contrato que fue, como se prouò *num* 35. conseruó su misma naturaleza, sin embargo de la disposicion y vltima voluntad que sobreuino, vt ex Bart. Baldo, Oldraldo, & alijs probauimus, *num*. 37. Y de la manera que qualquiera cótrato se pudo este prouar muy bien con la prouança regular de dos testigos, como se fundò en el *num*. 38. y aun con menores prouanças, como se aduierte *num*. 41. y esta diferencia han reconocido todos los Doctores que han tocado la materia, como se puede ver en los referidos, *num*. 39. y 40. que haziendo esta distinció, resoluieron el punto en terminos.

44 ¶ O quando por otro lado se quiera considerar esta materia, supuesto que en la manda y legado de los mil ducados en propiedad que hizo doña Mariana, faltó su voluntad y consentimiento, y se hizo solamente por apariencia, y por el dezir del lugar, se aurá de tener por simulado, quia tunc proprié dicitur simulatio, quando quis fingit, & veré nihil agit, siue extrinsecus facit aliquid apparere, quod intrinsecus non habet substantiam, vt ex *l. nuda. ff. de contrahend. empt. l. simulatæ nuptiæ, ff. de ritu nuptiar. l. emptor, ff. de aqua pluuia arcenda*, tradunt Bald. in *l. ab Anastasio, nu.* 1. *C. mandati*, Socinus sen. *consf*. 65. *num*. 14. *lib*. 1. Paris. *consf*. 53. *num*. 10. *&* *consf*. 54. *num*. 26. *&* *consf*. 83. *à num*. 23. *libr*. 1. Mantica, *de tacit. & ambig. conuent. lib*. 13. *tit*. 35. *num*. 2. *&* *lib*. 25. *tit*. 2. *num*. 8. *&* 14. vel cum fatemur instrumentum ita fuisse conceptũ vti est, sed aliud fuisse veré actum à contrahentibus, Tiraquel. post alios, *de retract. lignagier*, §. 1. *glos*. 14. *num*. 57. Mascard. *de probat. concl*. 448. *nu*. 2.

45 ¶ Y la prouança de la simulacion es

muy

muy fauorecida de parte de quien la alega, porq se tiene por de dificil prouança, y assi la de conjecturas se ha tenido por bastante, *l. non omnis, §. à barbaris, ff. de re militari*, Romano, *cons. 202. num. 4. vers. Quo ad secundum*, Purpurato, *cons. 152. num. 17* Parisio, *cons. 53. num. 8. & seqq. & cons. 54. à nu. 21. lib. 1.* Paul. Castrens. *cons. 109. col. 2. lib. 2.* Mantica vbi supr. *dict. lib. 13. tit. 35. num. 9.* y bastan dos, idem Mãtic. post alios, *dict. lib. 13. tit. 33. num. 11.* Mascardo, *de probat. conclus. 438. num. 11.* Tiberio Decian. *cons. 2. num. 10. lib. 1.* Beccio, *cons. 52. nu. 47. lib. 1.* Farinat. *de falsit. & simulat. q. 162. n. 106.*

46 ¶ Como tambien lo es la confessiõ de la parte, que aunque sea extrajudicial, y hecha en ausencia de la otra, prueua plenamente la simulacion si concurren con ella otros adminiculos, o quando se halla geminada, o hecha en descargo de la conciencia, Baldo, *cons. 431. in fin. lib. 5.* Mantica, *de tacitis, & ambig. conuent. dict. lib. 13. tit. 35. num. 21.* Mascardo, *conclus. 446. nu. 15.* Tusch. *litter. S. conclus. 257. num. 55.* Farinat. *dict. quæst. 162. num. 118.* porque imperfectæ probationes in hac materia iunguntur, Parisius post alios, *cons. 55. contractus venditionis, nu. 33. vol. 1.* idem Farinac. vbi supr. *num. 102.*

47 ¶ Y la prouança de dos testigos que depongan de afirmatiua del hecho de la simulacion, es bastantissima prouança della, y no se requieren mas, Saliceto, *in l. emptione, num. 2. C. plus valere quod agitur*, Ancarrano, *in cap. ad nostram, nu. 5. de empt. & vendit.* Baldo, *cons. 21. num. 2. in fin. libr. 4.* Parisius, *dict. cons. 55. num. 36. lib. 1.* Alex. *cons. 28. num. 14. lib. 5.* Cephalo, *cons. 325. num. 2. & 19.* Riminald. iunior, *cons. 62. num. 18.* Tiberio Decian. *dict. cons. 62. num. 15. lib. 3.* & pluribus relatis Tiraquel. *de retract. lignagier, §. 1. glos. 14. num. 57.* Mascard. *de probat. conclus. 448. num. 2.* ibi: *Verum licet glos. in dict. §. si verò tale afferat quatuor testes requiri, cõmunior tamen est opinio pauciores satis esse: tametsi glos. in dict. §. si verò tale possit procedere, cum quis directo vel-*

l et probare contra instrumentum; velutisi negetur ita instrumentum factum fuisse, sed secus quando directo, vel indirecto quis non vult probare contra instrumentum, sed prout est fatetur ita factum fuisse, sed agitur de probando aliud fuisse veré actum à contrahentibus aliud simulate scriptum, sicut ille titulus plus valere quod agit, quã quod simul. concip. quia tunc duo sufficiunt: nec dissentit Farinat. *dict. quæst.* 162. *num.* 130. iuncto *numer.* 133. porque viene a hazer la misma distincion q̃ Mascardo y Tiraquelo.

48 ¶ Y ajustadas vnas y otras doctrinas, assi las de la confiança, como las de simulacion a el hecho deste pleyto, es sin duda que estan verificadas en el, y que estã prouados ambos medios. Lo vno, porque ay dos testigos de afirmatiua de vista, y de auer passado en su presencia el trato, q̃ son Gabriel de Escalona, y Catalina Lopez su muger, cuyas deposiciones quedan referidas en el *num.* 18 que esta prouança por si sola fuera bastante, como se ha fundado *à n.* 38. & 47.

49 ¶ Sin que importe las tachas que las otras partes oponẽ a estos dos testigos. A Gabriel de Escalona, que era enemigo capital de Iuan Suarez, porque aun no dizen los testigos, ni aun en general q̃ fuesse su enemigo, y la enemistad para que quite el credito al testigo, se ha de prouar in specie, refiriendo la causa della, y que duraua al tiempo que depuso, Menoch. *de præsumptionib. lib.* 1. *quæst.* 89. *num.* 58. Mascard. *de probation. conclus.* 26. *num* 6. & *conclus.* 692. *num* 1. & 3. Farin. *in praxi, tom.* 1. *quæst.* 49. *de indicijs & tortura, num.* 127. & *tom* 2. *quæst.* 62. *num.* 296. y deuen dar la razon y causa de la enemistad, etiam non interrogati, Tiberius Decian. *in tractatibus criminalib. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 25. *à num.* 30. Honded. *cons.* 107. *num.* 41. Farinac. *dict. quæst.* 49. *num.* 128. & quod adderat tẽpore iuramenti, & examinis testiũ, *l.* 36. *duæ causæ, ff. de carbonian. edict.* Alex. *cons.* 113. *num.* 1. *lib.* 1. Roland. *cons.* 41. *num.* 43. *lib.* 1. Mascard *concl.* 995. *num.* 6. Grat. *cap* 93. *nu.* 19. & 20. *tom.* 1. & *cap.* 277. *num.* 6. & 374. *num* 4. & 5. *tom.* 2.

Y la

50 ¶ Y la enemistad que se prouasse auia de ser capital, porque la leue, o que no llegasse a tener este estado, non repellit testem, *l. 1. §. praeterea, ff. de quaestionib.* vbi Marsilius, *num.* 11 & pluribus comprobat Farin. *de testib, quaest. 53. n. 52.*

51 ¶ Lo otro, porque Iuan Suarez en primera instancia, y mientras viuio, aunque Gabriel de Escalona auia jurado contra el, nunca le opuso semejante tacha, ni defecto, y no oponiendo la parte de la enemistad, se admite el testigo, y se le dà credito sin embargo della, Mascard. *de probationib. conclus.* 899. *num.* 11. & alijs relatis, Farinat. *de testibus, dict. quaest.* 53. *num.* 68. ni es verosimil que si fuera cierta la omitiera, prejudicandole tanto su deposicion.

52 ¶ Lo otro, porque tiene prouado esta parte con mucho numero de testigos, que no solo no era enemigo Gabriel de Escalona de Iuã Suarez, si no que era intimo amigo suyo, y que antes que jurasse le comunicó mucho, y despues que jurò continuo la misma comunicacion, y amistad, y se iua a posar el dicho Iuan Suarez a su casa quando iua al lugar donde viuia, y le encargaua sus empleos, y le fió en vnas rentas que tomó en el lugar de Puertollano, y le dio el vso de vn oficio de Regidor que el dicho Iuan Suarez tenia, sin lleuarle por ello interes alguno, y esta correspondencia, y auerle echo Iuan Sarez estos beneficios, denota amistad grande entre ellos, *l. latae culpae* 223. *vers. Amicos, ff. de verbor. significat. l. amicissimos,* vbi Bart. *num. ff. de excusationib. tutor.* Mascard. *de probat. concl* 85. *num.* 6. & 7.

53 ¶ A Catalina Lopez se le opone ser muger, y sobrina de Maria de Salaçar, en cuyo fauor redundo la manda deste legado, y que consiguientemente no es testigo idoneo.

54 ¶ Pero respondese a lo primero, q̃ aunque la muger regularmente en el testamento no pueda ser testigo, *l. qui testamento* 20. §. *mulier ff. de testam.* cum similibus, en los demas casos lo

puede ser, *dict. §. mulier, l. ex eo, ff. de testibus, cap. ex eo 5. quæst. 3.*

55 ¶ Et in specie, quod quando agitur de probanda voluntate testatoris, y de la manera que entendio la disposicion, y de la declaracion de su voluntad sea la muger testigo idoneo, probant expressé Nata, in *l. hac consultissima, §. ex imperfecto, numer.* 174. *C. de testament.* Bald. *cons.* 39 *factum super quo consilium petitur, vers. Præterea ad probandum, lib.* 2. Dueñas, *regula* 324. *limit.* 5. Mascard. *de probat. conclus.* 763 *num.* 17. *&* 18. Mantica, *de coniecturis. lib.* 2. *tit.* 16. *num.* 2. Simon de Præris, *de interpret. vltim. volunt. lib.* 1. *interpretat.* 1. *dubit.* 3. *solut.* 5. *num.* 40. *fol.* 31. Rota apud Farinat. *dict. decis.* 765. *numer.* 10.

56 ¶ A lo segundo de ser sobrina de la heredera se responde. Tum, que quando el hecho que se trata de prouar es de dificultosa prouança, & quod veritas aliter haberi non potest, admittuntur consanguinei ad testificandum, & probant Albericus, in *l. parentes, num.* 2. *C. de testibus,* Anton. Gabriel, *in Rubric. de testibus, conclus.* 13. *nu.* 14. *&* 27. Cæsar de Grassis, *decis.* 10. *num.* 11. & post alios Farinat. *de testibus, quæst.* 74. *num.* 76. & in materia simulationis firmauit idem Farinat. *dict. q.* 163. *de falsit. & simulat. num.* 129. vbi alios refert, y el trato que passò entre Iuan Suarez, y doña Maria de Mestança su muger, fue desta calidad, y se procurò ocultar, y que estuuiesse secreto, porque no se entendiesse en el lugar, que es lo que el Iuã Suarez pretendia, y quando el hecho mismo de su naturaleza, o por sus circunstancias trae consigo la dificultad en la prouança, no es necessario articularla, ni prouarla, Cephalo, *cons.* 75. *nu.* 46. *lib.* 1. Additionat. ad Patian. *de probationib. cap.* 9. *lit. D.* Farin. *de testib. q.* 62. *n.* 58.

57 ¶ Cum, porque consanguinei in testamento possunt esse testes, y assi in causa, quæ respicit testamẽtum, sunt testes idonei, & admittuntur ad testificandum, Anton. Gabriel, *in Rubrica*

brica de testibus conclus. 14. *nu.* 12. Corneo *conf.* 298. *num.* 4. *lib.* 1. Hector Æmilius, *in tractat. de testibus, part.* 1. *vers. Testis affinis, numer.* 39. Socinus, *regula* 427. *fallentia* 4. Farin. *d. q.* 54. *n.* 44.

58 ¶ Denique, porque quando con el dicho de el parriente concurren otros adminiculos, o circunstancias que le coadjuban, se suple el defecto del parentesco, y queda testigo idoneo y de entera fee y credito, Mascandus, *de probat. lib.* 1. *conclus.* 98. *à num.* 5. Farinac. *dict. quæst.* 54. *num.* 67. & *quæst.* 62. *num.* 355. & 338. y entre estas presunciones y conjecturas que coadjuban la deposició se tiene por la mas principal si huuiesse confessió de la parte que conuiniesse con el dicho del testigo, que en este caso le haze de entera fee y credito, Hipolytus Riminaldus, *conf.* 488. *num.* 16. *lib.* 5. Cæsar de Gras. *decis.* 163. *num.* 4. & *decis.* 164. *nu.* 3. Farinac. *de testib. d. q.* 62. *n.* 338. y mas sin duda si la confessión estuuiesse geminada, o ratificada, DD. vbi proximé.

59 ¶ Y con la prouança destos dos testigos concurren muchas confessiones extrajudiciales de Iuan Suarez, en que declarò la confiança y pacto que auia auido, y obligacion que tenia de restituyr los mil ducados despues de sus dias, con que no solo se coadjuban sus deposiciones, y quedan de entera fee y credito, si no que las confessiones por si induzen plena prouança del hecho, quia singulæ in suo genere plené sunt probatæ.

60 ¶ Etenim segun la opinion de muchos graues DD. las confessiones extrajudiciales se prueuan, aunque no aya mas de vn testigo que deponga de cada vna, Ioan. Bota, *conf.* 23. *nu.* 14. Tiberius Decian. *conf.* 9. *num.* 38. *lib.* 2. Sebastian. Medicis, *de regulis iuris, regula* 3. *num.* 29. Domin. Castill. *tom.* 4. *controuers. cap.* 52. *num.* 37. vbi quod ita decisum fuit in Senatu Hispalensi.

61 ¶ O a lo mas si huuiesse dos testigos de la confession extrajudicial, que en estos terminos

minos communmente se resuelue q̃ ella en si queda prouada, y que haze semiplena prouança, etiã absente parte, gloss. in *cap fin. de succes. abintest. l cum de indebito; §. fin. ff. de probat. l. quoniam, vbi gloss. ff. de his qui notant. infam.* Bartolus, *in l. admonendi, nu.* 48. *ff. de iure iurando,* vbi Ias. *num.* 149. Afflict. *decis.* 12. *&* 337. *num.* 6. *& decis.* 375. *num.* 3. Maranta post alios, *de ordine iudicior, 6 part. actu 5. vers. de confessione num.* 2. Ioannes Horoscus, *in l. tale pactum, in princip. num.* 20. *ff. de pactis,* Dom. Couarruu. *in cap. quamuis pactum, part.* 2. *§.* 4. *nu.* 1. *de pactis in* 6. Ioseph. Ludouicus, *decis. Perusina* 9. *num.* 1 Gutierrez, *de iuramento confirmator.* 1 *p. c.* 54. *n.* 1. Riccius, *collect.* 2346 *in princip. p.* 6. *&* 2187. *vers. Circa primum.*

62 ¶ Y si esta confession extrajudicial se hallasse geminada y prouada cada vna con dos testigos aunque fuesse absente parte, era por si plena prouança del hecho, porque se juntan las dos semiplenas, y se equipara a la confessiõ judicial, Bart. in *l. cum scimus, num.* 4 *C. de agricolis, & censitis, lib.* 11. Iason, *in dict. l. admonendi, nu.* 141. Oroscus, *vbi supr. num.* 27. & cum Abbate, Feliuo, Paulo de Castro, Iasone, & Ludouico Romano, tradit Maranta vbi proximé, *num.* 15 Afflictis, *decis.* 377. *num.* Decio, *cons.* 163. *num.* 2. Cephalo, *consil.* 297. *num.* 2 *lib.* 2 Iosephus Ludouicus, *dict. decis. Perusina* 9. *nu.* 3. *&* 4. Gutierrez, *dict. cap* 54. *n.* 6. Magonius, *decis. Lucens.* 46. Riccius, *d. collect.* 2346. *vers. Limita quarto, &* 2187. *in princip.*

63 ¶ O quando concurre con la confession extrajudicial, prouada con dos testigos, otro que deponga de vista del hecho, porque esta tambien se tiene por plena y legitima prouança del, Bart. in dict. *l. admonendi, num.* 48. *de iure iurand.* vbi Ias. *num.* 209 Rippa, *nu.* 205. Curtius iunior, *num.* 61. Menchaca, *de succes. creation. §.* 4 *numer.* 40. Anton. Gomez, *tom.* 3 *variat. cap.* 12. *de probat. num.* 26. Gutierrez, *vbi supr. num.* 2. & alijs copiose relatis eruditissimus Dom. D. Ioseph. Vela, *dissertat.* 23 *num.* 16. & in specie tradunt Afflict. *decis.* 337. *num.* 9.

num. 9. Aluarad. *de coniectur. ment. defunct. lib. 1. cap. 3. num. 8.*

64 ¶ Aut cum confessio extraiudicialis fit ad exonerationem conscientiæ, que entonces etiam absente parte facta, prueua plenamente en perjuyzio de el que la haze, vt post Alexandrum, *consf. 185. volumine 2. & consf. 45. in fine, volum. 3.* Afflictis, *decis. 164. num. 5.* Auiles, *in cap. Prætorum, cap. 10. glos. verbo, execucion, num. 26.* Gutierrez, *dict. cap. 54. num. 6.* Franciscus Marcus, *decis. 460. part. 1.* Riccius, *collect. 2187. vers. Duodecimo nota, par. 6.*

65 ¶ Y en el caso deste pleyto cōcurren todas estas reglas, y limitaciones, porque ay dos confessiones extrajudiciales de esta confiança, y pacto que precedio, prouadas con tres testigos cada vna, que se refieren num. 19. y 20. y otras tres, prouadas con testigos singulares, num. 22. 23. & 24. ay no solo vn testigo de vista, sino dos, como se ha ponderado, y fueron hechas ad exonerationem conscientiæ: porque los testigos dizen, que de ordinario respondia Iuan Suarez, que Christiano era, y que sabia la obligacion que tenia, con que no se puede dudar, que esta sea plena, y legitima prouança de el hecho.

66 ¶ Y no ayuda poco a la pretension de estas partes, el que Iuan Suarez declarasse en su testamento, que dexaua en poder de Francisco de Cazeres su heredero, vn memorial firmado de su nombre, de las deudas que deuia, donde tenemos por cierto, que auia de declarar la deuda de los mil ducados: porque segun dizen los testigos desta parte referidos supra num. en las ocasiones que se le tratò dello a Iuan Suarez, referiò para en fin de sus dias hazer esta declaraciō, y restitucion, y q̄ en su vida no le estaua bien declararlo, ni hazer escritura dello por su reputacion, que siempre hizo punto, de que se entēdiesse en el lugar, que su muger le auia tenido buen amor y voluntad, y que en señal della le auia dexado manda

 tan

tan considerable, como eran mil ducados en propriedad.

66 ¶ Lo qual no puede negar el dicho Francisco de Cazeres, assi porque testatoris assertioni hæredes præcise stare tenentur, nec possunt allegare testatorem mendaciũ dixisse; Bald. *cons.89.num.3.lib.1.* Craueta, *cons.125.num.2.* Tobias Nonius, *cons.16.num.31.* Cagnolus, *in l. hæredem, num.10.ff.de reg. iuris*, Mascard. *de probat. conclus.348.num.22.lib.1.* Farin. *de reo confesso, & conuicto, quæst.81.cap.1.num.16.* lo qual procede en qualquiera sucessor, Rota apud Farinacium, *decis.265.num.3.1 par. in nouis.*

68 ¶ Como porque se hallò presente al otorgarlo el dicho Francisco de Cazeres, y siendo cosa que tanto le podia prejudicar, callò, y no lo contradixo, pudiendo aduertir dello al testador, para que no hiziesse aquella declaracion sin dexar el memorial que dezia, o despues, para que no auiẽdoselo dexado lo declarasse, y por no auerlo hecho quedò prejudicado, ad tradita *in l.2. C. si aliena res pig. dat. sit, l. mulier 11. C. de distract. pignor. l. cum ostendimus, §. vltimo, ff. de fideius. l. 2. ff. ad municip.* glos. *in l. Caius 39.* verb. *non obesse, ff. de pignoratitia actione, & in l. fideiussor 26. §. pater,* verbo, *manifestum, ff. de pignoribus*, cum latè cõgestis à Menoch. *de præsumptionibus, lib. 6. præsumptione 99. à num. 5. cum sequentibus.*

69 ¶ Y porque escriuiò el dicho Francisco de Cazeres el testamento por su mano, con que assimismo fue visto aprouar aquella declaracion que el testador hazia, y confessar su certeza, y que quedaua en su poder el dicho memorial, *l. fideiussor, §. pater, ff. de pignoribus, §. 1. Institutа de emptione, & venditione*, Bald. *in l. cum tabernam, §. idem quæsit, num. 1. ff. de pignoribus*, vbi Ang. *in 2. notabili*, Salicetus, *num. 7.* Craueta, *de antiquitate temporum, 5. parte, 1. partis principalis, num. 42.* Ant. Gabriel, *in suis communibus, lib. 1. tit. de præsumptionibus, concl. 3. n. 11.* copiosè idem Menoch. *lib. 3. præsumpt. 66. à num. 1.*

Y aun-

70 ¶ Y aunque esta parte ha hecho quã-tas diligencias ha podido para que este memorial pareciesse, y lo exhibiesse como deuia el dicho Francisco de Cazeres, sobre que fue preso, no lo ha podido conseguir, escusandose con auer exhibido otro memorial, escrito de letra del mismo Francisco de Cazeres, y que suena auerse comẽ-çado a hazer por Iuan Suarez, sin estar firmado de nadie, en que se van poniẽdo los bienes que dexa: y en quanto a deudas, y descargos de conciencia no se dize nada, con que se conoce no es el que el testador declara, porque auia de ser desto vltimo, y auia de estar firmado de su nombre, y ambas cosas faltan, y la presuncion es, que le oculta, y no le exhibe, porque le daña, *l. 2. §. Diuus, ff. de iure fisci, l. 1. §. mittantur, ff. de ventre inspiciendo, cap. vt Ecclesiast. beneficia*, & notatur *in l. 1. C. de ædendo, & in cap. 1. de probat.* benè Paris. *cons. 67. à num. 27. tomo 3.* Craueta, *cons. 6. num. 8. & cons. 131. num. 17. & 34.* Plotus, *in l. si quando, num. 389. 613. & 857. C. vnde vi*, Menoch. *lib. 2. præsumpt. 9. n. 4.*

71 ¶ Y es vana la salida que Frãcisco de Cazeres alegò, y pretendio prouar, de que auiendo començado a hazerlo Iuã Suarez entrò el Medico, y le hallò mejor, y que por esto dexò de proseguirlo hasta estar bueno: porque declarar las deudas, y cargos de conciencia, y mas como este, que no era procedido de cosa fea, ni torpe, no parece que lo auia de estoruar la mejoria, fuera de q̃ esta salida pudiera tener alguna probabilidad, si el memorial exhibido fuera de deudas, y obligaciones que Iuan Suarez tuuiesse, que es el que dize que hizo, y dexaua en poder de Francisco de Cazeres: pero no teniẽdo como no tiene nada desto, sino que es vn memorial, que mas parece inuentario de sus bienes, cosa en si mucho mas embaraçosa, y menos necessaria, es totalmente inuerosimil, y assi no se deue atender, *l. fin. ff. quod metus causa, cap. quia verisimile, de præsumptionibus*, cum similibus.

72 ¶ Vltimo non obſtat, que algunos teſtigos preſentados por la otra parte digan, que eſtando cercano a la muerte Iuan Suarez, le hablaron ſobre eſta pretenſion de los mil ducados que tenia Maria de Salazar, y que auia reſpondido q̃ para el paſſo en que eſtaua, que no le deuia nada, y que in extremis agens regulariter verum dicere preſumitur, & memor eſſe ſalutis æternæ, *ex l. vlt. in fine, C. ad l. Iulius repetendarum*, cum ſimilibus.

73 ¶ Porque eſta pretenſion no llega a ſer prouança, y tiene tres limitaciones vulgares. La vna, que en perjuyzio de tercero, y del derecho, que aliàs el tiene adquirido, no obra efeto alguno, ni ſe atiende a ella. La ſegunda, que ceſſa quando ay alguna prouança, o preſunciō en contrario La tercera, que no tiene lugar, quando es de coſa q̃ no depende de voluntad del que la haze, y de que pudiera diſponer, de quibus latè per Menoch. *lib. 5. præſumpt. 5. num. 17. & 20.* & pluribus relatis D. D. Ioan del Caſtillo, *tom. 5. controuerſiarum, cap. 111 à num. 4. in fine*, cum ſequentibus.

74 ¶ Segun las quales no ſe deue hazer caſo de la declaracion que ſe pretēde auer hecho Iuan Suarez, por ſer en perjuyzio de los herederos de doña Mariana de Aller, y por eſtar prouado lo contrario de lo que el declarò tan plenamēte, como ſe ha ponderado, y porque no dependia de ſu volūtad el dexar de ſer deudor de los dichos mil ducados.

75 ¶ Fuera de que ſegun refieren fray Iuan Canillejas, Religioſo de la Orden de S. Frāciſco, y Iuan Caſtellanos, teſtigos preſentados por eſta parte, tratando a Iuan Suarez deſte pleyto, y de la pretenſion de los herederos de D. Mariana de Aller, auiendo confeſſado el ſuſodicho el trato y certeza della, le pidieron que hizieſſe eſcritura en ſu fauor, y el ſe eſcuſò, diziendo, que tenia pareceres de Teologos, de que ſi vno devia a otro vna coſa, y no la podia cobrar, que podia muy bien tomarla de ſus bienes, dando a entēder,

que la D. Maria, ó sus herederos le era deudores de alguna cantidad, con que pretendia compensar el legado, respeto de lo qual la declaració de Iuã Suarez, si es que la hizo, pudo mirar al sentir que el tenia, segun el parecer que dezia le auian dado; y ni de lo vno ni lo otro no se deue hazer caso, supuesto que no consta que le deuan cãtidad alguna por los a tos del pleyto, que son los que se han de atender para la sentencia, *l. illicitas, §. veritas, ff. de officio Praesidis*, cum congestis à Valasco, *litera Y. axiomat.* 115. etiam in supremis tribunalibus, Gutierr. *lib. 2. canon. cap. 29 num. 21.* Cacheran. *decis. 1. nu. 13.* Morla, *in emporio, tit. 2. q. 2. num. 30.*

76 ¶ La segunda pretension que los reos tenian es dezir, que caso que la confiança estuuiesse prouada, y que Iuã Suarez huuiesse sido deudor de estos mil ducados, quedaron remitidos, y transigidos por la transaccion que se otorgò entre el susodicho, y Maria de Salazar, porque por ella se remitieron, y perdonaron el vno al otro qualquier derecho y accion que podian tener, y todas las demas cosas, que si al tiempo della llegaran a su noticia se pidieran y demandaran, y que estas palabras se han de entender cõ la generalidad que estã puestas, *l. 1. §. & generaliter, ff. de leg. praestand l. 1. §. cum vrbem, ff. de officio Praefecti vrbis*, & in specie pacti, & trãsactiones, *l. sub praetextu 29. C. de transactionibus, l. pluribus 6. ff. de acceptilationibus.*

77 ¶ Pero respondese, quod quamuis trãsactio quieratio, aut liberatio quibuscumque verbis generalibus fuerit concepta restringitur ad ré, & causam propter quam fuit facta, atque trahitur tantum ad in ea specificata, & vltra non extenditur, *l. si de certa 31. C. de transact.* donde auiendose trãsigido sobre cierta specie, aunque despues se puso por las partes vna clausula general, y absoluta de liberacion, qual fue *nihil amplius peti*, dize el texto, q̃ solamente se entenderà respeto de las especies trã sigidas, y no en quanto a las demas pretensiones q̃ las partes tenian, y lo mismo procede en las demas

materias, que siẽpre las palabras generales se restringen a la especie propuesta, y expressada en ellas, como en la de cuentas, est textus celebris in *l. emptor 48. §. Lucius Titius, ff. de pactis*; donde auiendose hecho cuenta entre vn acreedor, y su deudor, y sacado que se le deuia de alcance cierta cantidad, se puso de consentimiento de ambos, quod esset nullum omne instrumentum ex quacumq; causa, & cuiuscũq; summæ, quæ apud eum remaneret; y sin embargo destas palabras generales y amplias, respondio el Consulto, non liberari debitorem ab eo, quod debebat ex alia causa en los compromissos, *l. si cũ dies, §. plenũ, ff. de receptis arbitris* in sentẽtijs, *l. licet, C. de iudicijs* in remissione, seu refutatione, *l. iubemus, C. ad Velleianum* in pactis, & cõuentionibus, *l. si ex pluribus, ff. de resolutionibus, l. fin. §. item quæsitum, ff. de conditione indebiti* in legatis, *l. quæsitum 77. §. 1. ff. de legat. 3. l. Aurelius 28. §. sticho, ff. de liberat. legat. l. legatorum, §. 1. de legat. 2. l. si ita quis promisserit 115. ff. de verborum obligationibus.*

78 ¶ Y esta transaccion cayó y se hizo sobre particulares pretensiones que las partes teniã en la particion, las quales se especifican y mencionan en ella, como por la escritura parece, que para que mas bien conste se refieren sus clausulas a la letra, y dizen assi.

Clausulas de la transaccion.

79 ¶ Dixeron, que por quanto por mandado de el señor Alcalde mayor se hizo inuẽtario de los bienes y hazienda, que quedaron por fin y muerte de la dicha Mariana de Aller, guiandose para su mayor seguro y acierto por el inuẽtario, que por fin y muerte de la dicha Mariana de Aller se hizo a pedimiẽto de Christoual de Cazeres y Burgos, por mandado de Anton Sanchez Malagon de Mora, Alcalde ordinario que fue en esta villa, para cuyo efeto lo exhibió el dicho Gabriel de Escalona, y junto con los autos, y fecho de todos los bie-

nes, ganados, deudas, derechos, y acciones, y demas cosas, que parece quedó por muerte de la dicha Mariana de Aller, a cuya declaracion asistiò el dicho Iuã Suarez Rodado, se mãdó dar traslado por el dicho señor Alcalde mayor a la dicha Maria de Salazar, que presentó peticion, y por capitulos y aduertencias de ella dixo.

80 ¶ Que se auia de poner por bienes de el dicho inuentario dos manadas de carneros, que auian quedado por muerte de la dicha Mariana de Aller, e inuentariado en el inuentario fecho por mandado de el dicho Anton Sanchez Malagon de Mora, considerandolos por bienes viuos, y hazienda en ser, sin estar a la venta que de ellos auia fecho el dicho Iuan Suarez, por dezir que tenian mas valor, y que los auia vendido con orden de la dicha Maria de Salaçar, y assi q̃ se auian de poner en el dicho inuentario, y cargar su mas valor y estimaciõ de el precio porque se vendieron: assimismo pidiò se pusiessen por inuentario dos manteos de paño que dio a parientas suyas de su voluntad y gusto, que por ser de color era de estimacion: asimismo se pusiesse por inuentario vn manto de lustre, y otras cosas que truxo de Madrid, ocho paños pardos en ingerga de el obrage, y señales de esta villa, de quarenta varas, y vn paño blanco que auia embiado a Baeça; assimismo pidio los marauedis de los gastos que tuuo en sus pleytos, y pretensiones honorosas el dicho Iuan Suarez en Almagro, Madrid, y Granada, y otras partes, sobre la pretension de Alcalde ordinario que tiene, por ser fechos despues de la muerte de doña Maria de Aller: assimismo q̃ diò y presentó a el juez que le puso en la possessiõ de el dicho oficio de Alcalde ordinario, y pagó su salario, que montò cantidad de marauedis, que se auian de poner y cargar por cuenta de el dicho Iuã Suarez: que faltauan por inuentariar ciertas varas de paño tinto en cochinilla, que se auian de poner por inuentario, y cargar por cuẽta de Iuan Suarez Rodado los gastos que ha tenido en el pleyto que

trata

trata en la Real Chācilleria de Granada con el cō-
cejo, sobre dezir, que es dañador publico, por ser
cosa que toca a el dicho Iuan Suarez Rodado, y no
a la dicha hazienda. Assimismo dixo faltauan por
poner por inuentario otros bienes de valor y esti-
macion, que no se auian puesto. Assimismo alegò
otras cosas, que justifican sus pretensiones, y de-
manda, como por la dicha peticion consta.

81 ¶ Y auiēdose dado traslado a el dicho Iuan Suarez Rodado por nueua peticion que presentó, dixo, que se auia de poner por inuētario los alimentos que auia dado a la dicha Maria de Salazar su suegra veinte años que auia estado en su casa en el tiempo de la dicha Mariana de Aller, que monta a razon de 50. ducados cada año quinientos ducados, con mas mil y trecientos reales, q̄ merecian los alimētos q̄ auia dado quinze meses a doña Maria de Mestança, y a dos hijos suyos, como a nietos y visnietos de la dicha Maria de Salazar su suegra. Assimismo pidio se le huuiesse de cargar a la dicha Maria de Salazar la mitad de los gastos, y demas cosas que tocan a el pleyto que cōtra el trata el concejo, por dezir hizo daños, que pende en la Real Chancilleria de Granada, con mas la mitad de la condenacion que en el huuiere, por dezir siēdo como es pleyto injusto, con todo lo que de ello resultó, con que se dio entrada a la quexa de el cōcejo, y juyzio de el dicho pleyto, y fue en beneficio de los ganados de la hazienda que tuuo durante el matrimonio con la dicha Mariana de Aller.

82 ¶ Estas fueron las pretensiones que ambas partes tenian, y prosiguen la escritura, diziendo, que considerando que sobre cada partida podia auer vn pleyto, la duda y costa dellos, y la amistad y deudo q̄ han tenido, transigiendo y concertando lo susodicho, teniēdo atencion a lo que ay de presente para partir, y no a lo passado ni futuro, poniēdolo en efeto, por esta presente escritura, de su voluntad, y todo su acuerdo, se remiten y perdonan el vno a el otro, y el otro a el otro, todo qualquier

derecho

derecho y accion, que conforme a sus intentos, y pretensiones han y pueden tener, y esto mismo hazen en todas las demas cosas, que si de presente lo supieran, y llegara a su noticia se pidieran y demādaran, para que quier monte poco, ó mucho goze dello la persona en cuyo poder estuuiere, como si le fuera entregado, dado, y adjudicado por la dicha particion, y aprouado por el Iuez que della conozca.

83 ¶ Estas son a la letra las clausulas de la transacion, de las quales resultan, y se manifiestan dos cosas. La vna, que las partes tenian sus pretensiones particulares cada vna por la dicha partició, Maria de Salazar las que se refieren en el num. 81. y Iuan Suarez las propuestas en el num. 82. La otra, que de la confiança de los mil ducados, y de la obligacion que tenia de restituyrlos Iuan Suarez despues de sus dias, no se hablò palabra en ella: segun lo qual las clausulas, conque el vno al otro, se dieron por libres, puestas en el nu. 82. aunque fuessen generales, de necessidad se han de restringir, y limitar a las dichas pretensiones referidas en el n. 81. y 82. *ex dict. l. si de certa*, y los demas textos del n. 73. y no se han de extender a la de los mil ducados de que no se tratò en ella.

84 ¶ Quæ conclusio varijs DD. authoritatibus cōprobatur *in dict. l. si de certa*, tradunt Bart. n. 1. Bald. n. 1. que dixo, que las clausulas generales, *operātur quoad omnes appēdices eiusdem speciei, sed nō quoad ea, quæ sunt prorsus separata.* Alexand. n. 1. & 2. que en el mismo sentir dexo, que las palabras generales de la transacion lo mas que podiā comprehender era lo accessorio, dependiēte, y que tenia conexion cō las especies especificadas; *propter quas deuentum erat ad transactionem*, Ias. qui n. 2. pone por regla; *quod clausula generalis sequens refertur, & restringitur ad rem, & causam prius specificatam*, & in num. 3. *Quod limitatur propter species propositas*, Paulus de Castro, n. 1. & communiter ordinarij idem Bart. *in d. l. emptor 18. §. Lucius*, vbi etiam ordinarij notarūt,

C. de transact. que dio la razon his verbis: *Quia cum transactio fiat super re dubia & litigiosa, verba ista debent restringi ad illam causam, de qua litigabatur, non autem debent extendi ad alias, de quibus nullum erat litigium, licet de proprietate ipsorum possent etiam alias comprehendere, & secundum hoc fuit proposita actio specialis, & non extenditur ad alias, etiam quae sciebantur, & de quibus fuit cogitatum*, idem Bart. in dict. l. emptor 48. §. *Lucius, ff. de pactis*, vbi etiam ordinarij, tradunt Angelus, *in l. obligatione generali, column. 2. vers. Quinto nota. ff. de pignoribus*, vbi: *Quod si creditor ex duplici causa confiteatur recepisse solutionem pro vno debito, & liberet pro eo & generaliter pro omnibus, & toto eo, quod petere posset vsque in praesentem diem, non extenditur liberatio ad alterum creditum, quia ad suam causam restringitur.* Abb. Panormitan. cons. 124. attingendo primum á num. 2. donde auiendo vno dado vn finiquito y liberacion his verbis: *Praedictus Antonius recognouit, & confessus fuit sibi satisfactum, & solutum plenarie de omnibus & singulis, quae petere vsque ad illam diem potuisset á dicto Mariano*, funda en el num. 3. y 4. que solamente se entenderà esta liberacion de las especies, deudas, y pretensiones sobre que se auia litigado, y q̃ se auia referido y expressado en la transacion, y no a las otras deudas y pretensiones que tuuiesse. Y en los mismos terminos hablaron y siguieron la resolucion deste consejo. Beroi. cons. 159. num. 14. volum. 2. Ruino, cons. 97. num. 4. volum. 5. Nata, cons. 546. num. 14. Rimipaldo, cons. 19. num. 54. tom. 1. Curtius Iun. cons. 101. num. 2. Belonus, cons. 6. num. 14. Casaneo, cons. 26. num. 20. Aymon Craueta, cons. 3. num. 2. & 15. & cons. 171. num. 13. Petrus Surdus, cons. 150. à num. 58. tom. 1. y latissimamente in cons. 451. que auiendo sido las palabras de la transació las siguientes, vt in princio, ibi: *Confitentur domini agentes recepisse à domino Iacobo aureos centum viginti tres mille quingentos, & praeterea aureos ter mille sibi alias mutuatos pro negocij illius subuentione, & salinas septingentas quinquaginta salis sibi pariter mutuo concessas, & pro eis integram recepisse satisfactionem incluso restauro, &*

alijs

alijs fecerunt que quietationem, liberationem, & omnimodam absolutionem pro prædictis, & alijs debitis, prout quoque dominus Iacobus, & dominus Nicolaus filius quietarunt Cameram ab omnibus his, quæ poterant, & in futurum possent pro restituto peti, & alijs per tempus prædictum sexennorum cum dimidio, quo duraverat locatio, ita quod ea quietatio sit generalis per dictum tempus, ac reciproca cum pacto de ulterius quicquam non petendo, etiam per Aquilianam stipulationem. Aunque desde el n. 1 se opone Pedro Surdo de los fundamentos que en contrario trae los Doctores para la extension, ò comprehension de semejantes clausulas generales, ò liberatorias, funda nuestra sentencia y opinion desde el num. 12. tan vivamente, y con tan apretados fundamentos, que no dexa que dezir mas en el punto, y assi es lugar digno de verse. y lo mismo resuelue in decis. 217. donde entra fundando la opinion que defendemos desde el n. 1. hasta el 8. Y aunque desde el n. 9. hasta el 12. refiere la contraria, reconoce en el n. 13. vers. *Et quamuis.* que en las transaciones procede esta sentencia mas sin duda que en los pactos, y en ellos, como lo fue la materia de aquella decision, se resolviò en el vn acto en fauor desta sentencia, como se refiere en el fin de la decision, comprobant Peguera, *decis.* 198. Carrocio, *decis.* 22. Mantica, *decis.* 245. *n.* 13. Merlino, *decis. Lucens.* 45. quasi in vnū cōgessit Ioan. Aloisius Riccius, *collectanea decis. part.* 8. *collectanea* 3316. *per totam*: que en los casos que proponen siempre las clausulas generales de las transaciones, se entendieron segun lo expressado en ellas: y a la causa que dio motiuo a la trāsació, y no se extiēde a lo q̄ no se tratò, ni pēsò, vt pluribus relatis eruditione solita tradit D. Dō Ioseph Vela, *dis.* 8. *n.* 6. y antes se tienē puestas por estilo de los notarios, que no para cōprehēder materias estrañas, Mantica, *de tacit. & ambig. conuent. lib.* 26. *tit.* 6. *n.* 1. & 2. D. Castill. *lib.* 4. *contro. c.* 41. *n.* 70.

085 ¶ Quod maxime locum obtinet, porque lo que la otra parte pretēde hizo Maria de Salazar en esta transacion, fue vna liberacion en fa-

 uor

uor de Iuan Suarez, quę nihil aliud eſt, quam dona
tio, aut remiſsio propij iuris. Bald. *in l. illud. num. 7.*
C. de ſacroſanct. Eccleſ. y eſta en duda nunca ſe preſu
me, *cap. ſuper hoc, de renuntiat.* Tiraquel. *in præfat. l. ſi*
vnquam, num. 128. *C. de reuocand. donat.* Menoch. *conſ.*
46. *num.* 9. Y ſiempre que ſe pueda tomar otra con
jectura, ò dar otro ſentido, ſe ha de eſcuſar el de la
renunciacion, Alexand. *conſ.* 33. *column.* 4. *volum.* 5.
Decius, *conſ.* 472. *num.* 24. Menoch. *conſ.* 1. *n.* 216.
Y quando no ſe puede eſcuſar cum ſit ſtricti iuris
in ea ſemper fieri debet ſtrictiſsima interpretatio,
Decius, *conſ.* 352. *num.* 7. Tiraquel. *de retractu conſan*
guineorum, §. 1. *gloſ.* 9. *num.* 163. Andreas Gail, *obſer*
uat. 77. *num.* 5. 2. *parte*, tã reſpectu rerũ & iuriũ, quã
perſonarum, & vt munus quãfieri poſsit, lædat ius
ipſius renuntiantis, & interpretari in eã partẽ, quę
renũtianti minus præiudicet. gl. *in l. ſi domus, ff. de*
ſeruitutibus vrbanorum, vbi Bart. *num.* 4. Decius, *in l.*
poſtquam liti, num. 16. *C. de pactis.* Gratus, *conſ.* 17. *nu.*
46. *volum.* 1. Craueta, *conſ.* 407. *num.* 34. & contra
eum qui ſe fundat in dicta renuntiatione, *ex l. vete-*
ribus, ff. de pactis, l. Labeo, ff. de contrahenda emptione, &
aduerſus eum, etiam cuius cauſa, & ad cuius cõ mo-
dum conceptum fuit pactũ, gl. *in d. l. veteribus*, vbi
Albericus, *in prin.* Beccius, *conſ.* 101. *num.* 91. y te-
niendo duda el caſo, ſe ha de determinar en fauor
de aquel que ſe dize que renunció. Gabriel. *cõſ.* 60.
num. 6. *volum.* 1. Tiberio Deciano, *in conſ.* 52. *num.*
23. *volum.* 1. Nata, *conſ.* 146. *num.* 15. Craueta, *conſ.*
407. *num.* 34. Riminal. *conſ.* 484. *num.* 35. Cephalo
conſ. 605. *num.* 5. todas las quales razones pondera
Surdo, *dict. conſ.* 431. *à num.* 15 *vſque ad* 34. las qua-
les eſtan excluyendo la pretenſion contraria, por
que pudiendo, y deuiendo obrar las clauſulas gene
rales liberatorias deſta tranſacion en las pretẽſio-
nes que las partes expreſſaron y deduxeron en el
cuerpo della, no auia razõ para quererlas entender
la partida de los mil ducados de q̃ no ſe auia tratado
86 ¶ Præterea, tiene eſte caſo algunas cir-
cunſtãcias, q̃ parece ſacan el negocio de toda duda,

La

87 ¶ La primera, porque de la partida de los mil ducados adhuc tempore transactionis, nõ se deuia a Maria de Salazar, respeto de que la auia de gozar por sus dias Iuan Suarez, y assi venia a ser condicional por la incertidũbre del dia de su muerte, *l. dies incertus* 74. *l. hæres meus* 78. §. 1. *ff. de condit. & demonstrat. l. quod si sub ea, ff. de condit. institut. l. vnica, §. sin autem, C. de caduc. tollend.* quo casu non censetur renunciatum fideicommisso, etiam si partes inuicem remisserunt, omne ius competens, & cõpetiturum, vel ius, quod habet, vel habere sperat, Bart. *in l. qui Romæ* 122. §. *duo fratres, numer.* 19. *ff. de verborum obligat.* vbi Ripa, *num.* 78. Socin. Iunior *num.* 121. Castrens. *cons.* 448. *in fin. lib.* 1. Tiberio Deciano, *cons.* 3. *num.* 123. *& cons.* 52. *num.* 16. *lib.* 1. Ruino, *cons.* 92. *num.* 23. *lib.* 4. Menochio, *cons.* 359. *num.* 12. Mascardo, *de probat. concl.* 776. *nu.* 5. Petra, *de fideicom. quæst.* 14. *num.* 32. *&* 120. Crasus, *in §. fideicommissum, quæst.* 63. *nu.* 5. Peregrino, *de fideicommis. artic.* 52. *n.* 32. Æmilius Beralus, *decis.* 20. *p.* 2. Viuius, *li.* 2. *decis.* 316. *n.* 10. Fusar. *de substit. q.* 593. *nu.* 91. y este fue fideicomisso, y en cõtrato se pudo dexar, vt latè cõprobat Sur. *cons.* 247. *n.* 3. *&* 5. *to.* 2

88 ¶ La segunda se deduze de las mismas palabras de las clausulas generales referidas supra n. 83. ibi: *Y considerando, q̃ sobre cada partida podia auer vn pleyto, la duda, y costa dellos, y la amistad y deudo que han tenido transigiendo y concertando lo susodicho, teniendo atencion a lo que ay de presente para partir, y no a lo passado, ni futuro, &c.* Porque quando las palabras de q̃ se pretende induzir la renunciacion, se limitan al tiempo presente en que se haze el contrato, no cõprehẽden el fideicomisso futuro, como este lo fue, pues no se auia de restituyr hasta la muerte de Iuã Suarez, *l. si ita scripsisset* 47. *ff. de legat.* 2. ibi: *Non dubitarem quantum ad verborum significationẽ attinet, quin ea pecunia comprehensa non esset; cuius dies moriẽte eo, qui testamentum fecisset nondum venisset.* Bart. *in dict. l. qui Romæ, §. duo fratres, num.* 18. *in fin.* & ibi Ripa, *nu.* 24. *ff. de verbor. oblig.* Socin. Sen. *cons.* 5. *num.* 4 *lib.* 2. Philippus Decius, *cons.* 86. *num.* 4. *& cons.* 495. *nu.* 18.

Surdus, *conf. 67. num. 51. lib. 1.* Mascardus, *de probat. concl. 776. num. 11.* Menochius, *de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 115. n. 27.* Cacherano, *decis. 112. nu. 17.* & pluribus relatis Fusari. *de substit. quæst. 593. nu. 84. & 102.*

89 ¶ Y esto procede mas sin duda quãdo las palabras no solo son limitadas a el tiempo presente, sino que tambien excluyen el futuro, como las que quedan ponderadas, ibi: *Teniendo atencion a lo que ay de presente para partir, y no a lo passado, ni futuro,* Angelo, *cons. 287. num. 5.* Ruino, *cons. 137. n. 15. lib. 2.* Menochius, *dict. lib. 3. præsumpt. 115. num. 39.* Peregrinus, *de fideicomm. artic. 52. num. 31.* Fusarius, *dict. q. 593. nu. 121.* ibi: *Porrò si verba ampla, & pugnantia, se ad tempus præsens diuisionem restringerent, fidei commissum conditionale, nõ diceretur remissum, & fortius si futurum excluderent.*

90 ¶ La tercera, que en las mismas clausulas ay otras palabras que limitaron la liberaciõ a las pretensiones deduzidas, vt patet ibi: *Se remitẽ y perdona el vno al otro, y el otro al otro todo qualquier derecho y accion que conforme a sus intentos y pretensiones hã y pueden tener:* donde es de notar la palabra, segũ sus intentos y pretensiones, porque la diccion, *secundũ* a que corresponde, de su naturaleza es limitatiua, y restrictiua de la disposicion en que se pone. Decius, *in l. 1. num. 4. C. de bonorum possess. contra tabulas, & in cons. 195. num. 1. & cons. 360. num. 6.* Menoch. *cons. 391. num. 5.* Azeued. *in l. 1. num. 50. tit. 1. lib. 6. Recopilat.* Surd. *cons. 460. num. 70.* Augustinus Barbos. *de dictionibus vsufrequentioribus, dict. 358. num. 1. & 2.* Y induze repeticion de las qualidades expressadas, y que han precedido en lo subsiguiente de la disposicion. Galganetus, *de conditionibus & demonstrationibus, 2. p. cap 1. quæst. 18. num. 13.* Barbosa vbi supra, *num. 10.* Segun lo qual, la disposicion general de las clausulas quedò reduzida a las pretensiones que se auian expressado; porque la diccion limitatiua que pusieron las partes no diò lugar, ni permite que se pudiessen estender a mas.

Ni

91 ¶ Ni sacan el negocio de estos terminos las palabras que se siguen, ibi: *Y esto mismo hazen en todas las demas cosas que si de presente lo supieran y llegaran a su noticia lo pidieran y demandarā, para que quier monte poco, o mucho, goze de ello la persona en cuyo poder estuuiere.*

92 ¶ Porque las dichas palabras, *en todas las demas cosas*, se han de entender del genero de las propuestas, vt singulariter inquit Abbas, *cons.* 114. *numer.* 3. *in fin. lib.* 2. ibi: *Non obstat si dicatur, quod licet de societate fuerit facta mentio, si tamen postea fuerunt immediatè subsecuta verba generalia, vt patet ibi quacũque ratione causa, vel titulo, dico enim quod verba generalia speciem sequentia in actu liberationis restringuntur ad speciem præsentem, vt sit sensus, quod ex quacumque ratione, causa vel titulo vnus esset obligatus alteri occasione, scilicet societatis, de qua præmisserat.*

93 ¶ Y hablan tambien de presente en conformidad de las que se ponderaron en el num. 88. y no pueden comprehender el fideicomisso, cuya restitucion no auia llegado, como alli se fundò, y esta inteligencia se persuade mas de las palabras que se siguen, *que si de presente lo supieran, se pidieran y demandaran*, las quales estan manifestando, que solamente se iua hablando de las pretensiones que ambas partes tenian en aquel tiempo para deduzir en la particion, y que se podian pedir y demandar en ella, lo qual no se puede entender de la particion de los mil ducados, pues por ser como era condicional, como queda prouado num. 87. ni se podia pedir, ni auer pleyto sobre ella, no quedò renunciada, por qualesquiera palabras generales, como en el mismo num. 87. se fundò, & vltra ibidem relatos resoluunt Bald. *cons.* 54. *lib* 1. Socin. senior *cons.* 282. *lib.* 2. Ruinus, *cons.* 16. *nu.* 23. *lib.* 2. Fusar. *quæst.* 594. *num.* 30. ibi: *Maximè quando fideicommissum esset conditionale, quia ante conditionis euentum super illo fideicommisso lis esse non potest, & propterea compromissum quamtumuis generale ad illud non potest dici relatum.*

Prin-

94 ¶ Principalmente siendo Maria de Salaçar vna muger ignorante de negocios, como de ordinario lo suelen ser, y que no es de entender que comprehenderia la fuerça que la otra parte pretende tienen estas clausulas generales, ni se de ue presumir que no auiendose hablado en toda la transacion palabra que mirasse a esta partida, y q̃ si quisieran comprehenderla fuera facil auerla expressado, y aun es de entender se huuiera hecho, pues se pusieron otras tanto mas menudas, auia de querer renunciarla, ni entender lo hazia por vnas palabras generales, que aunque en personas entendidas de negocios pudieran comprehender lo que la otra parte pretende en las que no las entienden rusticos, o menores, de ninguna manera lo cõprehenden, ni les prejudican, ni se presume que cõ ellos remiten su derecho, vt tradunt Aretinus, in dict. *l. qui Romæ* 122. *§. duo fratres, col* 11. *vers. Debes etiam scire*, vbi Alex. *num.* 54 *ff. de verbor. obligat.* Paul. Castrens. *consi.* 108. *num.* 5. *&* 2. *lib.* 2. Beccius *cons.* 19 *num.* 20. *lib.* 4. *& de fideicommis. art.* 52. *num.* 51. Fusario, *dict. quæst* 593. *num.* 150. y mas que estando las dichas palabras no en lo principal de el contracto, ni en el cuerpo de el, en que como se ha referido no ay palabra que mire a esta partida, si no entre lo executiuo de las clausulas, en que mas se presumen puestas de estilo de los escriuanos, q̃ de voluntad de las partes, y assi no obran nada, vt pluribus relatis comprobat Fusar. *dict. quæst.* 593. *num.* 168. *&* 169.

95 ¶ La quarta y vltima causa que se põdera para que no se entienda auerse comprehendido esta partida en la dicha transaccion, es el sentir que ambos contrayentes tuuieron, que esto es lo que principalmente se deue atender, y queda ser, y forma, y comprehension al contracto, *l. cũ quæstio, in fin. C. de legatis, l. in conditionibus primum locum, ff. de condition. & demonstr. l. in conuentione, ff. de verbor. obligat. l. vltima, C. quæ res pignori, vel hipothec. oblig. poss. nt*, y este se colige de lo que despues de

otor-

otorgado el contrato dixeron, y segun se manifiesta por el pleyto, aunque muchas vezes se ofrecio tratar con Iuan Suarez, diferentes personas cerca desta partida, y de la pretension que a ella tenia Maria de Salaçar, y sus herederos, nunca Iuan Suarez respondio que la dicha partida se auia cōprehendido en la transaccion, ni que se la auia remitido en ella Maria de Salaçar, si no antes siempre confessò la confiança della, y la obligacion que tenia de restituyrla despues de sus dias, y el escusarse de hazer cedula, ni declaracion dello, y de restituyrla despues, solo fue por dezir que tenia pareceres de Teologos, que quien era acreedor de otro, y no podia cobrar por justicia, se podia quedar con lo ageno, todo lo qual excluye el que se cōprehendiesse en la transaccion, y quedasse remitida en ella, y este es fortissimo argumento que excluye la renunciacion en semejantes casos, vt in specie considerant Simon de Prætis, *de interpret. vltim. volunt. fol. 373. num. 10.* Fusar. *vbi supra, dict. q. 593. num. 159. & 60.* Surd. *dict. cons. 431. n.*

96 ¶ Y finalmente quando sin embargo de todas las razones y causas que estas partes han representado en este punto, no quedara llano en su fauor, que si parece lo està, si no antes dudoso, esto les bastaua para vencer, porque siempre en duda se ha de juzgar contra el que pretende que el otro le renūciò el derecho que tenia, *l. à substituto, in princip ff. de leg. 1.* & in specie obseruant Simon de Prætis vbi supr. *num. 18* Menoch. *cons. 1111. num. 7.* Surdus, *cons. 67. num. 44.* Peregrin *de fideicomm. art. 52. num. 24. in fin.* Fusar. *dict. q. 593. n. 174.*

97 ¶ No obstan las leyes põderadas en cōtrario, n. porq̃ a la *l. sub prætextu 29. C. de transact.* se responde, que procede quando petitio, aut propositio fuit generalis nulla specificata specie, & prosecutio, & transactio fuit etiam generalis; y assi nihil mirum, que la transaccion se estienda, y lo comprehenda todo, a diferencia del caso deste

pleyto, y de la *l. si de certa*, donde la peticion y proposicion fue especial, y assi aunque la transaccion fuesse general no pudo extenderse mas que a las especies propuestas, y en esta conformidad responden la glos. in dict. *l. sub praetextu, in princip.* Bart. *num.* 2. Baldus, *num.* 1. Alex. *num.* 1. Paul. de Castr. *num.* 2. & communiter ordinarij, y a la *l. si ex pluribus*, y a los demas textos y autoridades que en cótrario se ponderan que hablan, y quando generaliter restringi non potest salua ratione recti sermonis, vt preceteris respondet Surdus, *dict cons.* 43 1 *num.* 74 y aqui no solo no se ofende a el sentido de las palabras, si no que de ellas mismas se sacan las respuestas, y se han ponderado tales circunstácias, que es cierto que no concurren en ninguno de los lugares que en contrario se pueden traer.

98 ¶ Ni obsta q̃ el testamento q̃ hizo doña Maria de Aller, en que mandò a Iuan Suarez los mil ducados, comprouò Maria de Salaçar su madre, y en execucion del, y desta escritura de trãsaccion se hizieron las cuentas, y se sacò para Iuan Suarez la manda de mil ducados llanamente, y sin protesta alguna.

99 ¶ Porque quando consta de la simulacion del contracto principal, los demas que se hazen en execucion del, se presumen tambien simulados, y por ellos no es visto renunciarse la simulacion del primero, ni ratificarlo sin ella, antes aquella primera simulacion està obrando, y influyendo en los demas contractos subsiguientes, vt in specie tradunt Paris. *cons.* 55. *num.* 61. *& seqq. lib.* 1. Tiberio Deciano, *cons.* 105. *in fin. lib.* 2. Ioseph. Ludouicus, *conclus.* 52. *vers. Quinimo etiam*, Tusch. *lit. S. conclus.* 262. *num.* 19. Mantica, *de tacitis, & ambig. conuent. lib.* 8. *tit.* 25. *num.* 37. Farin. *de falsit. & simulat. quest.* 162. *num.* 55. principalmente quando los contractos posteriores no se hizieron ex interuallo, auiendo passado mucho tiempo, sino que los vnos fueron en continuacion de los otros, vt cum

Socino,& Tuscho, idem Farinat. distinguit n. 56. que fue lo que aqui sucedio, porque a el testamento se siguio in continenti la aprouacion de la madre, y luego sin interualo considerable el tratar de las cuentas, y por las diferencias que tuuieron el transigir y concertarse, y en execucion desta transaccion hazer la particion, y sacar la partida.

100 ¶ Et interminis, que por la particion, diuision y cuenta que se haze, en que a la vna parte se entrega llanamente, y sin protesta alguna la manda, o fideicomisso condicional; que no sea visto por las cuentas y entrega llana que se le haze della quitarle la obligacion que tiene de restituyr la adueniente die, vel conditione, ni la parte en cuyo fauor està el grauamen no sea visto renunciarlo, ni apartarse del por consentirlas, est fere indubitata quæstio, & fuit originalis doctrina Bartoli, *in l. qui Romæ, §. duo fratres, quæst. 1. ff. de verbor. oblig.* Menoch *de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 115. nu. 9.* Andræas Gail, *lib. 2. obseruat. 139.* Mascardo, *de probat. conclus. 776. numer. 1.* Petra, *de fideicommiss. quæst. 041. num 15.* Peregrin. *de fideicommiss. art. 52. numer. 101.* Boerius, *decis. 147. num. 10.* Ioseph. Ludouicus, *decis. Perusina 10. num. 11. part. 1.* Magonius, *decis. Lucens. 5. num. 42.* Cæsar Bartius, *decis. 96. num. 1.* Farin. *decis. 624. part. 2. in nou.* y con sesenta y nueue autores lo resuelue Fusario, *dict. quæst. 593. à nu. 4. in fin. & num. 5. per totum,* donde dize, que *temerarium esset ab hac opinione recedere;* con que parece queda llana en fauor desta parte esta partida de mil ducados, y que sin embargo de las oposiciones de los Reos se ha de determinar en su fauor.

TERCERA PARTIDA.

101 ¶ Iuan Suarez, y doña Mariana de Aller su muger, prometieron a doña Maria de Mestança quando casò con Bartolome de Caceres su primero marido, vna viña en dote, apreciada en dos mil reales, y aunque no consta desta pro

mesa,

mesa, se prueua por la carta de pago que dio el dicho Bartolome de Caceres, y por la prouança de testigos, y por las cuentas y particion en que se sacò para Iuan Suarez otra tanta cantidad como importaua lo que se auia dado en dote, por dezir que doña Maria era sobrina de doña Mariana de Aller su muger, y que esta dote se dio por su contemplacion, y assi se le deuia computar en su parte.

102 ¶ Esta viña se ha quitado a doña Maria por los corridos de vn censo de 54 U. marauedis de principal que sobre ella parecio estar impuesto por execucion que en ella se pidio, y remate que se pronunciò contra doña Maria, como posseedora della que este hecho, y ser la misma viña que se prometio en dote està prouado con tres testigos, que son Gabriel de Escalonaa, el Licenciado Iuan Rico de Vozmedrano, y el Licenciado Francisco Sanchez del Moral, Presbyteros, y se ha presentado la escritura de imposicion de el dicho censo, segun lo qual competen a doña Maria tres derechos, para repetir de los herederos de Iuan Suarez, los mil reales de la mitad del precio de la viña.

103 ¶ El primero es por su persona, como quien fue dotada en la dicha viña, porque por la dote compete accion de euiccion a la muger, re euicta contra el dotador, y sus herederos, aunque no sea padre, si no persona estraña, vt tradunt Gaspar Caualinus, *de euict. §. 4. num. 7.* Barbosa, in *l. æstimat is 51. num. 17. ff. solut. matrim.* Fontan. *de pactis nuptialibus, tom. 2. clausula 5. glos. 8. part. 14. num. 17. & 31.* Guzman, *de euict. quæst. 26. num. 6.* y aunque estos Doctores lo resueluen assi quando incipitur à promissione, en conformidad de la *l. 1. C. de dotis promissione, & l. 1. §. 1. C. de rei vxoriæ actione*, non verò quando à traditione aqui se començo con promesa, y la carta de pago fue despues al tiempo de el entrego de los bienes, como consta de ella, ibi: *Que se reciben ciertos bienes, &c. que se le prometieron en dote quando se tratò el dicho casamiento.*

Y porque

104 ¶ Y porque quando la dote es apreciada est locus euictioni indistincte, *dict. l. 1. C. de iure dotium, l. & quoties 17. ff. eodem tit.* Baldus, *in l. 1. num. 4. C. eodem*, Barbosa, *in dict. l. æstimatis 51. num. 19. versicul. Quinto & vltimo, ff. solut. matrim.* Fontanella vbi proximè, *num. 32.* Guzman, *dict. q. 26. à num. 6.* y consta de la dicha carta de pago que se dio apreciada en 2ꝥ. reales.

105 ¶ El segundo derecho que tiene es por cabeça de Maria de Salaçar su abuela, como heredera que fue de la dicha doña Mariana, porq̃ supuesto q̃ para Iuan Suarez se sacò otro tanto como el valor de la viña, y como los demas bienes de esta dote enteramente, auiendo salido esta incierta, tuuo obligacion el dicho Iuan Suarez, como compañero en la particion, restituyr la mitad del dicho valor, ex *l. si fratres, C. commun. vtriusque iudicij, l. si familiæ, C. famil. erciscund.* Menoch. *cons. 87. num. 85. lib. 1. & lib. 3 præsumpt. 118. num. 17.* Peregrinus, *de fideicommis. art. 52. num. 53.* Ayora, *de partit. 3. part. quæst. 9. num. 19. & 20.* Morquecho, *de diuisione bonor. lib. 1. cap. 8. num. 3.* Guzman, *de euict. quæst. 33. num. 23. & 37.* Hermosilla, *in l. 32. tit. 5. p. 5. glos. 1. n. 104.*

106 ¶ El tercero, que respecto que ambos dotaron, tiene obligacion el dicho Iuan Suarez de sanear la partida, a lo menos en la mitad, aunque el no la huuiera sacado enteramente para si, que auiendolo hecho como lo hizo, se puede pretender que deue boluerla toda, porque quando dos dotan, como aqui sucedio, quilibet pro sua dimidia tenetur, argum. *l. Reos, §. cum in talibus, ff. de duobus reis, l. si dotare, C. ad Velleianum*, y la *l. 53. de Toro*, que es *l. 8. tit. 9. lib. 5. Recop.* que son para la dotacion de marido y muger.

107 ¶ Neque interst, que doña Maria de Mestança era sobrina de doña Mariana de Aller, y que no tenia deudo con Iuan Xuarez, que fue el fundamento que se tomò en la cuenta para el otro tanto como auia montado la dote, porque la obli-

gacion de dotar tampoco era precisa en doña Mariana, y ambos eran estraños, y segun todo derecho, pues ambos prometieron quedaron obligados, y en terminos de padre y madrastra, que son mas apretados; porque la obligacion de dotar es en el padre precisa, que si la madastra interuiene con el padre y promete la dote, ha de pagar su parte, tenent Bartol. *in l. quæ dotis in 4. col. n.* *ff. solut. matrim.* Cifuentes, *in dict. l. 53. Tauri, in princ.* Antonius Gomez, *in eadem legem 25.* ibi: *Etiam vidi in quæstione de facto, quod pater, & nouerca, simpliciter & simul promisserunt dotem pro filia, & dixi & consului, quod vterque teneretur pro dimidia*, sequuntur Palac. Rubeus, *in cap. per vestras, in Rubr. §. 26. num. 18. & §. 62. num. 32.* Burgos de Paz *quæst. ciuili 8. nu. 26.* Azeued. *in l. 9. num. 24. tit. 9. lib. 5. Recop.* Baeça, *de non melior. cap. 15. num. 13. & 14.* Ayora, *de partit. 2. part. quæst. 12. num. 35.* Gutierr. *lib. 2. practic. quæst. 127. num. 5.* Matienç. *in l. 3. tit. 9. libr. 5. Recop. glos. 7. num. 7.* Barbosa, *in l. 1. p. 4. num. 935. ff. solut. matr.*

108 ¶ Contra esto se opone, que doña Maria de Mestança no citò a Iuan Xuarez, ni a sus herederos para el pleyto de la euiccion, y que assi no ha de tener lugar la accion della. Pero se satisfaze, que en quanto a el tercero medio porque la pide no fue necessaria; y en quanto a los dos primeros, que Iuan Xuarez tuuo noticia del pleyto, como los testigos dizen, y esto bastò para constituyrle en mora, y obligarle, *cap. eum qui, de regulis iuris in 6. l. 1. in fin. ff. de act. empti*, cum similib. & tradunt in specie Tiraquell. *de retractu lignagier, §. 36. glos. 2. num. 28.* Francisc. Viuius, *decis. 510. num. 9. lib. 3.* Surdus, *decis. 288. num. 44. & cons. 272. num. 12. lib. 2.* Seraphin. *decis. 671. n. 4. & 9.* Bertrand. *cons. 273. num. 3. lib. 4.*

109 ¶ Lo otro, que quando no consta que competa defensa a el que ha de ser citado, sin embargo que no lo aya sido se le condena, vt pluribus relatis comprobat Guzman, *de euictionib. quæst. 4. num 77.*

*num.*77.y aqui està presentada la escritura de la imposicion del censo,y està prouada la identidad de la viña,ni es de entender que doña Maria se la dexara quitar si huuiera alguna justicia para defenderla,y assi procede la accion de euiccion.

110 ¶ Tambien han pretendido los reos excluyr esta partida,por dezir que la transaccion cayò sobre ella,pero esto no tiene fundamẽto,assi por los que se han referido en el antecedente, como porque no se pensò,ni pudo della, por no auer sucedido el caso,ni auer noticia de tal censo.

IV. y V. PARTIDAS.

111 ¶ A Maria de Salaçar se le adjudicaron en la particion en pago de lo q̃ auia de auer dos partidas,vna de 44U200.marauedis que deuia a la haziẽda Pedro Serrano, y otra de 57U800. q̃ deuia a la dicha hazienda Agustin Ruyz, y en esta vltima se dize,que Maria de Salaçar la auia de cobrar por su cuenta y riesgo, sin quedar obligado el dicho Iuan Xuarez a el saneamiento, por quanto se le dan a el susodicho otra tanta cantidad de ditas que se tienen por inciertas, y no se le entregaron a Maria de Salaçar papeles algunos.

112 ¶ Llegando Maria de Salaçar a pedir estas dos partidas, respondieron los deudores que ellos no deuen cantidad ninguna a la hazienda,y de la vltima tiene prouança,y su pretẽsion es, que sin embargo de la condicion que se puso de q̃ Maria de Salaçar la tomaua a su riesgo, y que Iuã Xuarez no auia de quedar obligado a la euiccion, tuuo obligacion Iuan Xuarez, y la tienen sus herederos de darselos verdaderamente deudores de la hazienda,aunque se escusen para la suficiencia de la exaccion,que esto es lo que importò el pacto q̃ se puso,vt DD considerant in *l. si familiæ, ff. famil. ercisc.* pero no lo primero, vt probatur expresse in *l. si nomen, ff. de hæredit. vel act. vendita, l. si plus, §. vlti. ff de euict.* ibi: *Qui nomen, quale fuit, vendidit, dumtaxat*

vt

vt sit(non vt exigi aliquid possit) & dolum præstare cogitur, comprobat Anton. Fab. *ex decis. Senatus* 15. *in suo C. tit. de hæreditate, vel actione vendita*, en la question del que cede, *quidquid iuris habet*, resuelue: *Quod quamuis non teneatur facere bonum nomen tenetur tamen facere verum, idest, præstare se creditorem, licet non locupletem debitorem*, y en la *decis.* 14. *del titulo de rescindenda vendit.* en el mismo Codigo, *num.* 3. dize, que es lo mismo dezir el vendedor que vende, *quidquid iuris habet*, que comprar, o tomar el comprador *suo periculo*, del mismo sentir fue Guzman, *de euict. q.* 35. *nu.* 12. donde en el que vende nomen debitoris, tale quale est, dize que tenetur eum præstare debitorem, licet non locupletem.

113 ¶ Y assi pretende doña Maria, que la primera partida se le à de assegurar, y hazer buena por el fundamento referido, n. 105. y que para la vltima se le han de dar recaudos bastantes para constituyrle verdadero deudor, sin embargo de el pacto que tiene, porque si no, era darle nada, y aunque la otra parte alega que a Iuan Xuarez tambiē se le entregaron partidas que han salido inciertas, no consta desto vltimo, ni de que no se le entregassen los recados dellas, antes pues el no lo ha alegado, ni prouado, se deue presumir lo contrario, y assi se pretende que se reuoque la sentencia de el ordinario que absoluió a los reos de ellas, y se supla y enmiende la del inferior, y el Licenciado Herrera que la cōfirmò en quāto a la partida de Agustin Ruyz, y en quanto a la de Pedro Serrano mādò hazer mas diligencias contra el con citacion de los reos, y saliendo incierta reseruò a esta parte su derecho para que pudiesse pedir la mitad de ella a los reos, haziendo condenacion en ambas: y assi se espera. Salva D. S. C.